

RESUMEN

La violencia contra la mujer y la familia, es un acto inevitable en todas las sociedades, no tiene fronteras ni límites de carácter étnica, sociocultural, y religioso; y, para prevenir y sancionar este hecho, la comunidad internacional y los estados han venido creando y desarrollando una serie de normas y leyes que, previenen y garantizan la protección de los derechos de las mujeres y la familia, y al mismo tiempo, sancionar actos de agresión cometidos por parte del agresor. Para la aplicación de estas normas y leyes, el estado en coordinación con las autoridades competentes, que determina la ley contra la violencia y en otras ocasiones en coordinación con las autoridades comunitarias, en caso de sectores indígenas, han venido trabajando en proceso de sensibilización, de prevención, protección de los derechos fundamentales de las mujeres, y en casos de maltrato sancionando de acuerdo a la ley y las normas consuetudinarias de los pueblos.

INDICE DE CONTENIDOS

	Pág.
DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
RESUMEN - KAMUPAK UCHILLA YUYAY	6
INTRODUCCIÓN	7
 CAPITULO I: VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA FAMILIA.	
1. Consideraciones Generales.....	15
2. Principales convenios y declaraciones universales de los Derechos Humanos.....	26
3. Antecedentes de la Ley contra la Violencia a la mujer y la familia en el Ecuador.....	41
4. Fundamentos de la creación de la Ley contra la violencia a la mujer y la Familia.....	43
5. Naturaleza Jurídica de la Ley contra la violencia a la mujer y la Familia.....	45
 CAPITULO II: LA APLICABILIDAD Y SUS ALCANCES DE LA LEY 103 EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.	
1. Competencia y Jurisdicción.....	50
2. Competencia y Jurisdicción y la Ley 103 contra la Violencia a la Mujer y la Familia.....	54
3. Medidas de Amparo Establecidas en la Ley 103 contra la Violencia a la Mujer.....	65
4. Derecho Positivo en la Aplicabilidad y Alcance de la Ley.....	80
5. Marco Legal para la Aplicación de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia.....	82
6. Supremacía de la Ley contra la violencia a la Mujer y la Familia.....	85
7. Análisis jurídico de Ley en la legislación ecuatoriana.....	88
 CAPITULO III: APLICABILIDAD DEL DERECHO INDIGENA CONTRA LA VIOLENCIA A LA MUJER Y LA FAMILIA DESDE EL DERECHO INDIGENA EN GENERAL.	
1. Contexto general de los Derechos de los pueblos y comunidades indígenas.....	90
2. Reconocimiento de la existencia y la aplicabilidad del derecho indígena:	96
3. Coordinación entre la Justicia Ordinaria y Justicia Comunitaria.....	108
4. El Rol de la Mujer Indígena en el Ecuador como sujeto de Derechos en su relación.....	119
5. Protección de los Derechos de la Mujer en las Comunidades y Organizaciones.....	128.
6. Justicia comunitaria en caso de violencia contra la Mujer y la Familia en Saraguro.....	134
CONCLUSIONES	144
RECOMENDACIONES	150
BIBLIOGRAFIA	154



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

**“APLICABILIDAD Y ALCANCE JURÍDICO DE LA LEY
CONTRA LA VIOLENCIA A PARTIR DEL ESTUDIO DE
CASOS DE LAS MUJERES Y FAMILIAS INDÍGENAS DE
SARAGURO”**

***Tesis de Graduación previo a la obtención del Título de
Doctora en Jurisprudencia y Abogada de la Tribunales de
la República.***

AUTORA:
Rosa Elvira Tene Sarango

DIRECTOR:
Dr. Jorge Morales

**Cuenca – Ecuador
2010**



Todo lo aquí escrito es de exclusiva
responsabilidad de la Autora

f).
Rosa Elvira Tene Sarango.



DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi padre y mis hermanos; en especial a mis hijos y mi esposo, que con su apoyo constante, hicieron que culmine mis estudios y el presente trabajo.

AGRADECIMIENTO

Agradezco en primer lugar a toda mi familia y amigos por el apoyo moral y económico, permitiendo así, culminar una de mis metas con éxito.

A mi Director de tesis, que de una forma voluntaria y decidida se ha comprometido en apoyarme en este trabajo de investigación.

También quiero agradecer a todos los maestros de la facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho, por los conocimientos compartidos durante mis años de estudios.

A mi compañeros de Estudio, por compartir experiencia y conocimiento en las aulas de Universidad.

Mi agradecimiento a las comunidades indígenas de Saraguro, quienes me permitieron apoyar la investigación sobre los conflictos comunitarios de las comunidades del pueblo Saraguro y de ahí, mi interés por desarrollar el presente trabajo.

RESUMEN KICHWA

KAMUPAK UCHILLA YUYAY

Warmikunapak llakikunaka tukuy ayllukuna, ayllullaktakunapimi tiyan, chayrayku, kay llakikunaka tukuy punzhakuna, warmi, ayllu kawsaypimi kankuna, mana wakcha ayllukunallapimi chay llakika kanchu, chay llakikunaka tukuy runakunapak kawsaypimi kan; chay llakikunata harkankapak, allichinkapakpish tukuy hatun mama llaktakuna tantarishpa tawka kamachikunatami kunan punzhakaman llukchishkakuna, chashnallatak chay llakichikkunata allichinkapakpish.

Shinallatak, kay kamachikunata sumakyachinkapakpa, hatun mama llaktapak pushkkunaka chay uchilla ayllu llaktapak apukkunawanmi yanaparishpa llankankunami, chay llakikuna ayllullaktakunapi mana tiyachunka, chay apukkunawanmi rimarishpami llankankuna, shinapash shuk llakichik runakuna tiyapkika chay kamachikunawan imashina chay ayllullaktapak sumak yuyaykunawan allichinkapak llankakunkuna.

APLICABILIDAD Y ALCANCE JURÍDICO DE LA LEY CONTRA LA VIOLENCIA A PARTIR DEL ESTUDIO DE CASOS DE LAS MUJERES Y FAMILIAS INDÍGENAS DE SARAGURO

Jurisdicción, Competencia y las Medidas de Amparo

INTRODUCCIÓN

A partir de la creación de las leyes que amparan y protegen a la Mujer y la familia, hasta la actualidad no ha habido estudios o aproximaciones que evidencien la efectividad en su aplicación a nivel del país, más aun en el contexto de los pueblos y comunidades indígenas.

En el pueblo Saraguro, ha habido varios debates en asambleas y reuniones sobre este tema que, en el transcurso del tiempo, solo se ha quedado en letra muerta y una mínima parte quizás haya sido tomado en cuenta para su aplicación. Diversos han sido los sectores que han promovido la aplicación de la ley 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, sin embargo, pocos resultados se ha tenido sobre este tema. Por ello, en este trabajo investigativo, trato de analizar desde diversos puntos de vista estos aspectos.

En el ***primer capítulo*** recojo conceptos básicos de violencia intra familiar, es decir, el marco conceptual con el que abordo el análisis de ciertos artículos de la Ley que desde su aprobación, está estancado su aplicación en el acceso a la justicia por parte de las mujeres indígenas y no indígenas en condiciones de maltrato. Se trata al mismo tiempo de impulsar la aplicación justa y equitativa que responda a la realidad multicultural del Estado Ecuatoriano, desde el enfoque de la Cultura, Etnia y Género.

La violencia contra la mujer y la familia ha existido desde siempre y en todos los contextos tanto social, cultural, se ha venido dándose de distintas formas, a lo largo de la historia de la humanidad, En el Ecuador, a través de la creación y aprobación de la Ley 103 contra la violencia, se ha pretendido eliminar la violencia y garantizar un mejor desarrollo de la mujer en todos sus ámbitos, así la ley recoge tres forma de violencia hacia la mujer y la familia: Violencia física, Violencia Psicológica y Violencia Sexual, mismas tienen por objetivo principal proteger, prevenir y sancionar las agresiones. Al lograr estos objetivos, la familia tendrá una armonía plena, comprensión y esté libre de peligros.

En el ***segundo capítulo***, realizo un análisis de la competencia y jurisdicción establecida en la Ley 103, éste

establece su ámbito de aplicación, las autoridades competentes para hacer efectivo y sancionar el maltrato intra familiar, también hace referencia al rol de la mujer y las autoridades en referente al uso de la Ley para la defensa de las agresiones. Se explora su comprensión de la problemática de la mujer al interior de la familia en relación a la Ley y la forma de tratamiento de ésta en relación a su competencia y jurisdicción. Por otro lado, hago un análisis de la ley en relación a las medidas de prevención y las sanciones que en la ley se denomina Medidas de Amparo establecidas a partir del artículo 13 de la mencionada Ley.

Para la aplicación de la ley en el capítulo de jurisdicción y competencia, están llamados los jueces de familia en primera instancia de conocimiento y solución de conflictos, los mismos que a momento de expedir la presente ley, no están creados, por lo que no puede ser aplicado la ley en todo su amplitud, por no existir estos Jueces.

La Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia se amplía la competencia y esta serán las del lugar donde se haya cometido la infracción o en su defecto, o las autoridades del domicilio de la persona que haya sido víctima de la agresión intra familiar, Artículo 8. También son competentes: Comisarios Nacionales y Tenientes políticos, Jueces y

Tribunales de lo Penal. Los comisarios de la Mujer y la familia hasta el momento no han sido creados en todas las provincias del país, lo que en cierta manera también impide que la ley sea aplicable en todos los actos de violencia intra familiar.

En lo que se refiere a las Medidas de Amparo, son medidas que previenen los actos violentos por parte del agresor o detienen la reincidencia. Estas medidas de amparo establecidas en la ley, tampoco son absolutas tiene una serie de irregularidades y debilidades, generan desconfianza en la mujeres. Quizá donde más claramente se ha expresado esta desconfianza es en la atención oportuna y la protección de los derechos de las mujeres.

Este **tercer capítulo** reúne una serie de temas dedicados al análisis de la constitución, declaraciones y convenios internacionales relacionados con el derecho indígena, y a su vez, ésta con la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, Derechos colectivos, en donde esta inmerso el reconocimiento del Derecho Propio o Derecho Indígena, por primera vez es reconocida en la constitución del 1998 y posteriormente se reafirma en la constitución del 2008 dentro de estos derechos establece como derechos propio de los pueblos y comunidades o Derecho Indígena; o también

como denominado el Código Orgánico de la Función Judicial, “Justicia Intercultural” y las normas que relacionan con ella, es el elemento fundamental del ensayo de Fernando García. Este autor centra su estudio sobre una visión antropológica del derecho y sobre la base de este constituye la realización de la Interculturalidad”¹ como una norma imperativa constitucional y que debe ser reconocida y aceptada en la institucionalidad del Estado. A partir de este análisis de la justicia intercultural, inicia un encuentro entre la Jurisdicción indígena y Jurisdicción Ordinaria, y los retos que se debe enfrentar para llegar a plantear una ley de Coordinación entre la Jurisdicción Indígena y Ordinaria.

En los últimos años se viene dando un creciente interés en el tema de Justicia indígena en Ecuador, este ha sido por la nueva tendencia del derecho y ver el carácter de diverso de los sujetos de derecho a esta nueva corriente y una de ellos es el pluralismo Jurídico, paralelo al monismo del derecho que se viene dando en el ordenamiento jurídico tradicional.

“Por ello en el marco del desarrollo del Derecho Indígenas, va un cuarto de siglo de constitucionalismo Pluralista. En este cuarto de siglo de reformas pluralista se ha determinado

¹ La transformación de la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Santiago Andrade Uribe, Luis Fernando Ávila y otros, Ecuador 2008, pp. 459 ss.l

tres ciclos diferenciados que nos ayudará entender el fundamento del Derechos Indígena.

El primer ciclo de Constitucionalismo pluralista, entre 1982 y 1988, se da en el marco de la emergencia del multiculturalismo. Las constituciones de los estados valoran y reconocen el **derecho a la identidad y diversidad cultural**. Y al mismo tiempo incorporan derechos indígenas.

El segundo ciclo de constitucionalismo pluralista surge por el constitucionalismo latinoamericano con el convenio 169 de la OIT a partir de los finales de los ochentas del siglo XX. Este ciclo reconoce el carácter **multicultural** de la nación y avanza hasta el reconocimiento del Estados Pluricultural. Incorporando Derechos Indígenas y **Reconoce el Pluralismo Jurídico**.

El tercer ciclo de reformas constitucionales se ha dado casi a la par de la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del 2007. Este ciclo incorpora la noción de Estado plurinacional, recupera el rol social del Estado y reconoce nuevos derechos como el “buen vivir”, el derecho de la naturaleza”².

² Antropología Jurídica, Perspectivas Socioculturales en el Estudio del Derecho. Medio siglo de Derecho Internacional Indigenista y un cuarto de Siglo de constitucionalismo pluralista en Latinoamérica: Balance y Retos. Biblioteca Flacso. Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, pp.1,2.

Con todos estos antecedentes, encontramos necesario puntualizar en primer lugar a los principio rectores que determinan la transformación de nuevas perspectivas de ver al Derecho; principios unificadores para armonizar a la Justicia ordinaria con la justicia Indígena. Al mismo tiempo dicen algunos autores que hay que tener en cuenta los principales principios rectores de la Justicia Indígena, que son muy importantes ya que responde a una nueva filosofía o también desde la cosmovisión de los pueblos para concebir y entender el derecho, ellos son:

- Principio de Complementariedad,
- Principio de Solidaridad,
- Principio de Reciprocidad,
- Principio del buen Vivir o el SUMAK KAWSAY o el Alli Kawsay.

Finalmente abordo diferentes puntos de vista desde una visión general de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas para luego avocar en tema de la Competencia y Jurisdicción de Derecho Indígena aplicada a la mujer indígena.

Hablar de Justicia comunitaria, se dice, incluir a la mujer en esa colectividad de los Derechos; en las comunidades indígenas las mujeres no tienen normas o leyes propias o particularizadas, hombre y mujer es un todo, basada en el principio andino de la dualidad (hombre y mujer son complementarios de un todo), como sujetos de derechos en igualdad de condiciones y esto hace que al momento de la aplicar la ley y solucionar los conflictos de las mujeres, ésta debe ser aplicada en su contexto general de la justicia comunitaria, con sus procedimientos, normas consuetudinarias propias como establecen la constitución y normas de derechos internacional.

Desde esta perspectiva, en el presente trabajo, contextualizaré en una forma muy general los principales derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional y nacional; el de los pueblos indígenas, enmarcados desde su jurisdicción, competencia y su aproximación a la coordinación entre el Derecho indígena y el derecho ordinario, enfocado desde la pluralidad jurídica y la antropológica del derecho.

CAPITULO I

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA FAMILIA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Conceptos y definiciones de violencia, familiar e intra familiar.

Como violencia intra familiar debe entenderse. La realización de actos violentos por uno de los miembros de la familia, para vencer algunas resistencias, esto es para atentar contra el derecho de integridad tanto física, psicológica como sexual, de un integrante del grupo familiar al que se pertenece. También se dice que Violencia es, todo acto u acción que tiene como resultado real o posible, un daño físico, sexual y psicológica.

La ley contra la violencia a la mujer y la familia promulgada en 1995 y publicada en el registro oficial No. 839 del 11 de diciembre del mismo año define a la violencia intra-familiar como: “Toda acción u omisión que consiste en maltrato físico, Psicológico o sexual, ejecutado por un miembro de la familia en contra de la mujer o demás integrantes del núcleo familiar”³. Definición que se puede entender como amplia en

³ Ley 103 contra la violencia a la Mujer y la Familia. Artículos 2 y 4. Definición de la violencia familiar Ley Ecuatoriana promulgada en 1995.

su ámbito de aplicación para efectos de esta ley, y que la misma debe proteger, prevenir y sancionar de acuerdo a esta norma; podemos identificar tres tipos de violencia o maltrato que se dan ante una mujer y la familia, esto es:

- a. Violencia Física
- b. Violencia Sexual
- c. Violencia Psicológica

a. Violencia Física.

Podemos entender a la Violencia Física, como daño o sufrimiento físico en las personas agredidas con heridas, contusiones por medio de patadas, golpes a piedras o palos, corte mediante el uso de instrumentos corto-punzantes y otras, cualquiera que sea el medio empleado y su consecuencia. La ley hace referencia en el **art. 4. Literal a). “Violencia física.- Todo acto de fuerza que cause daño, dolor o sufrimiento físico en las personas agredidas cualquiera que sea el medio empleado y sus consecuencias, sin considerarse el tiempo que se requiera para su recuperación”** A la que también se podría hacer referencia a instrumentos o armas empleados para la agresión.

b. Violencia Psicológica.

La ley 103 manifiesta en el literal b) del art. 4. “... **constituye todo acto u omisión que cause daño, dolor, perturbación emocional, alteraciones psicológica o disminución de la autoestima de mujer o el familiar agredido...**” todo acto que no infunde daño corporal o físico, acto que muchas veces no las podemos mirar como acciones de agresión contra una mujer o un miembro de la familia, sino como acciones normales, como obediencia a quien la domina o a quien es jefe de hogar; por otro lado, las amenazas son otras formas de maltrato permanente que perturban su estabilidad personal, la coerción a realizar actos o dejar hacer, la privación arbitraria de su libertad individual así como la privación del disfrute de los servicios básicos como es la alimentación, la salud, la vestimenta y la educación a sus miembros de la familia, que algunas autoras o tratadistas lo denominan como agresiones de tipo económico a que están sujetas muchas mujeres al ser privados de un bienestar económica y familiar.

c. Agresión Sexual.

Por agresión sexual, la ley 103 define en el art. 4, literal c **“... se considera violencia sexual todo maltrato que constituya imposición en el ejercicio de la sexualidad de una persona, y que obligue a tener relaciones u otras practicas sexuales con el agresor o en la de sus ascendientes, descendientes o afines hasta el segundo orden”**.

El concepto de violencia sexual que establece la norma ya transcrito no es absoluto, debe entenderse en una forma amplio en determinar que actos u acciones son o no considerados como violación sexual, ya que cada experiencia de agresión sexual es singular y solo cada maltratada sexualmente pueda calificar su verdadera dimensión de la agresión, pero esta calificación se daría solo cuando la ley vaya determinando o logre determinar qué actos u acciones se consideraría como delitos o violaciones sexuales.

“Criterios legales y la definición misma acerca de qué es o no una agresión sexual, no coinciden con las vivencias y sufrimientos de las mujeres...” en los casos de delitos penales tipificados en el código penal, los delitos sexuales, se le considera como tales sólo cuando se lo “comprueba”, y a su vez se determina una “pena y una sanción” pero en el

caso de agresión sexual a la mujer no se le repara daños causados quedando en la impunidad.

Una de las características más sobresaliente de la violencia intra familiar y también el principal obstáculo para erradicar es que se esconde, se torna invisible, bajo el falso supuesto de que pertenece al ámbito privado, y que ninguna persona extraña ni la misma mujer puede denunciarlas o buscar un medio de apoyo.

La Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, además, protege y vigila que en la familia no se de esta clase de violencia y sanciona a los miembros que actúan contra sus disposiciones, ya que en la mayoría de los casos es producida por parientes mas cercanos de la familia como es el cónyuge, exconyuge, conviviente, exconviviente, contra la mujer, que utilizando golpes de pie y puño agreden, ocasionándolo graves perjuicios o daños, privándolas de realizar actividades a la que dedica la mujer, acompañado del perjuicio económico, que finalmente desestabiliza a la mujer no permitiendo el desarrollo personal; cuando se trata de la mujer maltratada o de un menor de edad no se permite el desarrollo social de la familia.

1.2. Violencia y contexto socio cultural.

La sumisión, la violación de los derechos de la mujer en todos sus formas, se ha calificado como actos normales en nuestras sociedades; son tan justificadas en muchas culturas y religiones, escapando de ser tratado como una cuestión de derecho que debe ser protegido y sancionado por el hecho mismo de ser violento, que en la actualidad esta tipificado como delito; sin embargo, una de las barreras más grandes es el de no poder entender las distintas normas culturales, religiosas y valores morales que refuerzan y justifican la estructura de un poder dominante en cada cultura, **“como un hecho normal, como parte inherente de la vida familiar y de una práctica hasta cierto punto legítimo que el hombre tiene derecho a controlar a la mujer, para ello recorriendo a la violencia para lograrlo”** esto a dado lugar a que la mujer en muchas ocasiones lo justifica a la violencia como parte de su costumbre, sólo con el afán de mantener la supuesta unidad y estabilidad familiar. Otros por el contrario consideran que la violencia existe y persistirá aunque haya una ley que las sancione, por que la violencia intra familiar ha llegado ha ser una cuestión de ideologías y de criterios culturales, enraizadas en un silencio absoluto que nadie se atreve a denunciarla.

Según el análisis de Patricia Duarte Sánchez y Gerardo González sobre el programa para combatir la violencia de género en México manifiestan: **”la necesidad de ir mas allá de las reformas legales para provocar un cambio social más amplio, describiendo los esfuerzos para crear un discurso alternativo que lleve la cuestión de la violencia de género mas allá de la lucha entre hombres y mujeres, hacia una área más amplia de ciudadanía y democracia.”⁴**

no obstante podría decir un cambio no solo social sino un cambio integral, que permita un desarrollo diferenciado de las mujeres indígenas en un entorno globalizador, debido a que la violencia trasciende fronteras, razas, culturas y religiones, ello implica que cualquier intento de cambios a esta estructura sociocultural no solo depende la intervención del Estado, sino de todos los sectores sociales y culturales involucrados directa o indirectamente en esta estructura de poder, arraigado en las mas profundas raíces de las costumbre y mitos.

La cultura y la religión permanecen como barreras para la erradicación de la violencia contra la mujer, en los países de América Latina y en Ecuador; la sociedad está cada día más consciente del poder de la educación y de los medios de

⁴ Campaña de las Naciones Unidas. Por los derechos Humanos de la Mujeres. UNIFEM. .México OCTUBRE 1998.

comunicación para desafiar y transformar las normas y valores culturales, así como para reforzarlas y fortalecerlas, sin sacrificar su identidad o estabilidad familiar, esto se conseguiría poniendo énfasis en el núcleo de valores, la justicia por encima de las tradiciones dominantes hacia la mujer; por otro lado, dependerá también no solo de incorporación de estos valores a los marcos legales, sino de un cambio más amplio de las instituciones nacionales e internacionales, por que las leyes existentes tampoco han llenado los vacíos legales en defensa de la mujer. Así mismo, la diversidad de mujeres identificadas en situaciones de riesgo o maltratadas, especialmente indígenas y campesinas por sus connotaciones socio-culturales y geográficas diversas, impiden a que las leyes sean aplicadas y sancionadas, quedando la violencia en la impunidad aunque la constitución y las leyes exigen y obligan su aplicabilidad en igualdad de condiciones en todo el territorio nacional.

“La violencia contra la mujer no es un problema que afecte tan solo a las mujeres pobres o del tercer mundo, afecta a todas las mujeres a nivel mundial de todos los grupos raciales y económicos. Sin embargo, es un problema raramente documentado. Pocos son los países industrializados que han llevado a cabo estudios que podrían

proporcionar amplia información a través del cual se descubrirán las verdaderas dimensiones del problema.

En los países menos desarrollados o en vías de serlo, las estadísticas son aún más escasas. Sin embargo, no se debe menospreciar la gravedad del problema. Según el informe especial del Banco Interamericano de Desarrollo”⁵.

El 18 de diciembre de 1979, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en Inglés) fue adoptada después de cuatro años, y se hizo su efectivo en 1981, en ella reconoce el papel de la cultura y las tradiciones en el mantenimiento de la discriminación contra las mujeres y obliga a los estados a eliminar los estereotipos en los roles de hombres y mujeres.

“La CEDAW reconoce el importante papel que juega la cultura, la tradición, la religión, las costumbres y prácticas consuetudinarias o de cualquier otra índole, en la restricción de los derechos de las mujeres. Por consiguiente, prevé que los estados deben adoptar medidas apropiadas para eliminar los estereotipos y prácticas antiguas a los papeles de hombres y mujeres,

⁵ www.ispm.org.ar

que surgen de un concepto de inferioridad o superioridad de un sexo respecto del otro. También establece que el Estado debe garantizar que la educación familiar imparta la creencia en la necesidad de compartir equitativamente las funciones en la crianza de los y las hijas, y que en todos los casos, padres y madres **deberían regirse por el interés de los y las hijas**”⁶. Todo lo anterior quiere decir que el Estado debe tomar medidas para eliminar los estereotipos y las concepciones de inferioridad de las mujeres en todas las esferas y si no lo hace, es responsable de las discriminaciones que puedan surgir contra las mujeres por estos estereotipos y concepciones.

1.3. Violencia género y desarrollo.

La violencia contra las mujeres en la relación conyugal y en la relación filial, constituye una de las manifestaciones más visibles de la violencia de género. La violencia de género se define como **"todo acto cometido en contra de la familia por uno de sus miembros, y que perjudica gravemente la vida, el cuerpo, la integridad psicológica y/o libertad de otro de los miembros de la familia"**.

⁶ Ver Marcela Rodríguez, "Igualdad, Democracia y Acciones Positivas", en Facio y Fries, eds., *Género y Derecho*, Chile, Ediciones Lom, 1999.

La violencia de Género es una categoría relacional que supone la existencia de dos actores: el hombre y la mujer resultan definidos en términos uno del otro y en forma separada, y actualmente esta dicotomía sexual se impone socialmente a través de los roles y estereotipos, y partir de ello se construye y se legitima la subordinación, la dominación del hombre hacia el sexo femenino.

“Generalmente, la violencia en contra de las mujeres se verifica en el contexto de la relación conyugal y filial; esta violencia se ejerce en la perspectiva de lograr la sumisión y el dominio a las mujeres por parte de los hombres y mantener el poder masculino sobre aquéllas”. Como se ha sostenido, **la violencia intra familiar se halla sustentada por un patrón androcéntrico que rige la sociedad.** Por lo tanto, cualquier política pública o privada que tienda a eliminar patrones violentos de comportamiento en la relación conyugal y filial, debe incorporar a la sociedad y particularmente a los hombres como actores centrales para la superación de aquellas situaciones. “La identidad de género es aquella situación en que una persona se auto asigna. Sin embargo también hace alusión al género que otras personas le atribuye en base a un conjunto de señales (conducta social, su vestimenta, etc.).

La violencia de género, históricamente, permaneció en la invisibilidad pública y como parte del mundo privado de las personas, sólo en los últimos años, como consecuencia de las demandas del movimiento femenino y feministas, ha logrado visibilidad y ha ingresado en la agenda pública. Este reconocimiento permitió legislar y diseñar formas de sanción de quienes incurran en el ejercicio de la violencia en contra de las mujeres.

2. Principales convenios y declaraciones universales de los Derechos Humanos contra la violencia a la mujer y la familia. (especialmente declaraciones Universales sobre derechos Indígenas y de las minorías)

Las múltiples declaraciones universales de los derechos humanos contra la violencia a la mujer y la familia han sido para proteger y garantizar todos los derechos humanos de la mujer y su familias, entendiendo por familia a todos quienes integran el núcleo familiar (padre, madre e hijos) y aún mas la ley 103 contra la violencia a la Mujer y la Familia, artículo 3, inciso 1, amplía a: “... **miembros ascendiente , descendientes, hermanos y sus pariente hasta el segundo grado de afinidad**”; se entiende también como núcleo familiar a todos quienes conviven en el hogar,

mediante la plena participación de la mujer haciendo uso de todos los instrumentos de derechos humanos para su real protección, especialmente haciendo uso los convenios internacionales para la eliminación de la discriminación contra las mujeres, y garantizar la igualdad y la no discriminación en razón social, religioso, de raza y sobre todo ante la ley hacia el conocimiento jurídico y la posición económica y social, elementales al desarrollo de la mujer y su familia.

Principales convenios internacionales en torno a los Derechos humanos firmados por los estados, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer y la Familia.

La evolución de los Derechos humanos fue acorde con los acontecimientos históricos del los pueblos y de las naciones del mundo entero es así:

El 12 de junio de 1776, fue por primera vez acogido en la Declaración de los Derechos del “buen pueblo de Virginia” (Estados Unidos), y en 1789 fruto de la revolución francesa, la Asamblea Nacional aprobó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, pero en ninguno de esto se consideró los Derechos de las mujeres, ya que para esa época la mujer no era considerada ciudadana, libre para ejercer actividades públicas y mucho mas ejercer derechos.

Ya en 1791, la francesa Olympe de Gouges fue plasmando ideas relacionadas con la protección de los derechos de las mujeres, así como en la célebre Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadanía (1793), quien fue guillotizada por revelarse contra el poder y de sostener que las mujeres tenía derechos de ciudadanía.

A partir de estos acontecimientos suscitados, con mujeres que se revelaban contra el poder y contra una estructura de un estado monárquico absoluto durante los siglos XVIII y XIX, numerosas mujeres ha sido asesinadas por defender su dignidad y su libertad; ya en los primeros años del siglo XX al calor de los movimientos políticos y sociales, la mujer inicia a reivindicar los derechos a la participación política en igualdad de condiciones frente al hombre, pero sólo con mujeres de extractos sociales altos consideradas con un alto poder económico; mientras tanto las mujeres de escasos recursos económicos, de extractos sociales más pobres aún eran sometidos a la esclavitud sin derechos a la participación política, económica y sociales. Pero el compromiso de los estados de la región es cada vez más por promover y proteger los derechos de las mujeres.

Así, en la convención de la Haya en 1902, se adoptaron algunas declaraciones referidas al matrimonio, divorcio y la tutela de menores. A raíz de la Quinta Conferencia Panamericana realizada en Santiago de Chile en 1923, acuerdan que en todo programa de gobiernos se trabaje para eliminar todas aquellas leyes y decretos que vayan en contra de los derechos de las mujeres.

En 1928, en la sexta Conferencia Internacional de los Estados Americanos se crea la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), dentro de esta organización, como un organismo intergubernamental en el mundo para lucha por los derechos de las mujeres, en donde se adoptan medidas en contra de la discriminación por sexo. En 1933, se adoptan disposiciones en dicha convención, relacionado a la **nacionalidad de la mujer casada**; en donde la mujer podría seguir manteniendo su nacionalidad de origen al casarse con un extranjero, esto fue uno de los logros mas importantes que se adoptaron en el seno de la conferencia, sentando bases para la evolución jurídica de los derechos de la mujer.

En 1948, en la Novena Conferencia Internacional Americana, adoptó dos tratados elaborados o adoptados por la CIM: “Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, en donde se establece que **el**

derecho al voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo. la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, en la cual los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre”

Las convenciones antes mencionadas fueron sentando bases para la igualdad de los Derechos en el Sistema Americano, pero para la fecha de adopción a la convención de estos tratados, el concepto de protección y reivindicación de los derechos de la mujer tenía ya un concepto mas amplio en el seno de las Naciones Unidas, se aborda con gran empeño y preocupación aspectos económicos, sociales y culturales, convirtiéndose en lo que hoy se denomina “**Derechos Humanos**” derechos que fueron claramente identificados por la organización de reciente creación, Organización de Estados Americanos (OEA) en 1948, y, dentro estos, los denominados “**Derechos Esenciales**” de la persona humana que son: el derecho a la vida, educación, salud, seguridad, a la integridad física de la persona, al trabajo, entre otros”. Es aquí donde se establece el marco jurídico legal internacional de protección a los Derechos Humanos y la creación la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1959.

A partir de la declaración de los Derechos Humanos, las luchas de las mujeres fueron constantes en la adopción de nuevos tratados, pero no solo esto, sino por su inclusión en cargos políticos en el seno de la ONU y la de conformar al interior de este organismo la Comisión sobre la Condición Jurídica y social de la Mujer por un periodo de 2 años desde 1953 a 1955, logrando establecer definitivamente los derechos políticos de las mujeres en el sistema interamericano e Internacional.

El 20 de diciembre 1952 la Asamblea General ratifica la convención de los derechos políticos y civiles, poniendo en vigor el 7 de julio de 1954, que acuerda en las siguientes disposiciones que posteriormente fueron ratificado y firmado por los estados que la conforman.

Artículo I

“Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna”.

Artículo II

“Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna”.

Artículo III

“Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna”.

“Deseando poner en práctica el principio de la igualdad de derechos de hombres y mujeres, enunciando en la Carta de Naciones Unidas, Reconociendo que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente o por conducto de representantes libremente escogidos, y a iguales oportunidades de ingreso en el servicio público de su país; y deseando igualar la condición del hombre y de la mujer en el disfrute y ejercicio de los derechos políticos, conforme a

las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷”.

En 1967, en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas, es proclamada la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

En la Década de lo setenta: Durante la conferencia del Año Internacional de la Mujer de Naciones Unidas en la Ciudad de México, se habla de la familia como asunto principal de protección contra la violencia, entre las recomendaciones primordiales es la de conformar los tribunales familiares más efectivos, un año mas tarde por primera vez se tipifican crímenes contra las mujeres. Hecho importante de esta década fue el Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres celebrada en Bruselas en 1976.

En 1979 la Asamblea de Naciones Unidas aprueba la convención sobre todas las formas de discriminación contra la Mujer, poniendo en vigor el 3 de septiembre de 1981 la siguiente declaración “**Considerando que la Carta de las Naciones Unidas reafirma la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona**

⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada en 1952 y puesta en vigor el 7 de julio de 1954

humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”,

A sí mismo “**Considerando** que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación proclamando que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna y, por ende, sin distinción de sexo”⁸.

Su objetivo principal es abordar los derechos humanos ya en forma mas específico, para combatir la discriminación política, social, económica y cultural como eje fundamental hacia el desarrollo de la mujeres, mas allá de un enfoque de género; derechos específicos que no ha sido abordados en anteriores convenciones para la participación de la mujer en igualdad de condiciones.

A medida que los movimientos internacionales de las mujeres avanza en pasos acelerados y con mucha fuerza, en 1980 en la Segunda Conferencia Mundial de la Mujer en Copenhague se afianza la lucha contra toda clase de discriminación de

⁸ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, A.G. res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) p. 193, ONU Doc. A/34/46, *entrada en vigor* 3 de septiembre de 1981.

mujeres y 5 años después en 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba su primera resolución sobre la violencia contra la mujer entendiendo a esta violencia como la violencia doméstica en todos sus formas y sea aplicado en todas las naciones que las ratifican; esto es uno de las primeras convenciones de las naciones en que se habla de violencia doméstica, en 1986, en una **Reunión de División para el Avance de las Mujeres, ya se trata por primera vez sobre la violencia intra-familiar**, definiendo en una forma mas amplia este concepto de violencia, sus efectos que provocan en las mujeres.

En los años 90, el reto de las mujeres se van ya consolidando en ámbito mundial gracias a las iniciativas de las organizaciones y movimientos de mujeres a nivel internacional, las que insisten en combatir toda clase de violencia y en esta década se ha marcado el nuevo enfoque de los Derechos Humanos para las mujeres.

El 30 de mayo de 1991, el Consejo Económico y Social por recomendaciones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, exhorta a los estados miembro a que incluya en sus legislaciones, que la violencia contra la mujer sea prohibida, “que se tome las medidas administrativas necesarias para protegerlas y se elabore un instrumento

internacional con este fin”, recomendaciones adoptadas de la resolución II de la Trigésima quinta sesión de la comisión.

En junio de 1993, La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Viena) reconoció por primera vez que la violencia y la discriminación contra la Mujer en razón de género **“constituye una violación de los Derechos Humanos, por lo tanto es una cuestión prioritaria para los estados parte de esta convenio y la comunidad internacional y deben adoptar medidas adecuadas y especiales, y un tratamiento especial en cada uno de las legislaciones, partiendo que los Derechos Humanos tiene su base fundamental en la dignidad y el valor de la persona humana”**. Desde aquí se ha llegado a adoptar 39 programas de acción en defensa de los Derechos Humanos en su primera parte, de las cuales únicamente en el párrafo 18, referente a los derechos fundamentales de las mujeres en la comunidad internacional: **“ Los derechos Humanos de la mujer y de las niñas son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales, la plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida pública, civil, económica, social y cultural en los planos nacionales, regional e internacional y la erradicación de toda las formas de discriminación basada en el sexo son**

objetivos prioritarios de la comunidad internacional". Así mismo en su segunda parte en los párrafos, 37 hace referencia a la coordinación en principales actividades dentro de las Naciones Unidas y adoptar todas las medidas necesarias para coordinar, cooperar entre todos las instituciones internacionales y otras organizaciones de las Naciones Unidas para el logro de objetivos y finalidades en defensa de los Derechos de las mujeres, a si mismo, entre una de los objetivos de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, es la de “ **eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, a erradicar cualquier conflicto que puede surgir entre los derecho de la mujer o cualquier otra práctica perjudiciales que afecta la mujer, como son las perjuicios culturales, religiosas o costumbres arraigadas**” en la sociedad.

La violación de los Derechos Humanos de las mujeres en situaciones de los conflictos armados, en el párrafo 40, hace referencia: “**que todos los órganos de vigilancia creados están encargados difusión de la información necesaria para que las mujeres puedan hacer un uso más eficaz de los procedimientos de defensa y adoptar nuevos procedimientos para reforzar el cumplimiento de los compromisos a favor de la igualdad y los derechos humanos de la Mujer**”

La cuadragésima octava sesión de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1993, adoptando la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, afirmó que esta violación anula el goce de los Derechos Humanos a las mujeres, reconoce **“la urgente necesidad de una aplicación universal a la mujer de los derechos y principios relativos a la igualdad, seguridad, libertad, integridad y dignidad de todos los seres humanos”**, en esta declaración ya se define a la violencia en forma amplia, exhortando que se adopten medidas específicas para combatirlo.

En esta declaración son tres los puntos más importantes para entender y combatir a la violencia contra la mujer:

- a) **“A la violencia contra la mujer ya se entiende directamente dentro del concepto de los derechos humanos, considerando que la mujer tiene todos los derechos fundamentales que la protegen consagrados en las convenciones internacionales ratificados en las legislaciones de los estados partes.**

b) Se establecen conceptos amplios sobre violencia contra la mujer, reconociendo no solo las tres formas de violencia como son (física, sexual y psicológica) sino formas crueles inhumanos dentro del ambito familiar, comunitario.

c) Señala que la violencia se basa en género, que los riesgos de violencia sólo sufren las mujeres”⁹.

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos OEA, en junio 9 de 1994, adopta la **“Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, conocida como convención de Belem do Pará Brasil”**. Instrumento que involucra a la violencia tanto en el ámbito público como privada, primer tratado internacional que aborda el tema exclusivo de la violencia contra de la mujer y que entra en vigencia en 1995. En esta convención define a la violencia en el Art. 1. **“Para los efectos de esta convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a**

⁹ Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado¹⁰”.

Por su parte, en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995) fue decisiva para afirmar los derechos como indispensables para lograr los objetivos reales de igualdad, desarrollo y paz. Otro de los objetivos fundamentales es de analizar el documento de la plataforma de Acción Mundial que adoptaran los gobiernos, tanto para formular recomendaciones a los representantes gubernamentales como para lograr a que la plataforma se ponga en práctica en todos los estados contratantes.

A partir de la firma de los instrumentos internacionales, incluyendo la convención de Belém do Pará, la Comisión de los Derechos Humanos, tiene la función de examinar peticiones individuales de los Derechos Humanos, el deber de los estados de actuar frente a la violencia domestica y las medidas que deben adoptar para reparar las consecuencias.

Finalmente, con el objetivo de intensificar y desarrollar las acciones contra la violencia en el área de los derechos de las mujeres, la Asamblea General de la OEA en año 2000, crea

¹⁰ Convención Inter americana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convenio de Belem dopará. Adoptada por el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 9 de junio de 1994.

un **“Programa Interamericano sobre Promoción de los Derechos Humanos de la Mujer y La Igualdad y Equidad de Género”** programa que tiene un objetivo principal **“la de investigar sistemáticamente la perspectiva de género en todos los órganos, organismos y entidades del Sistema Interamericano y alertar a los estados parte a formular políticas públicas, estrategias y propuestas dirigidas a promover los derechos humanos de la Mujer y la equidad e igualdad de género”**.

3. Antecedentes de la Ley 103 contra la violencia a la Mujer y la Familia en el Ecuador.

En los últimos años hemos sido testigos de los múltiples convenios que han sido firmados dentro de la comunidad internacional, especialmente se han venido hablando de género, desarrollo y la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, pero esto ha sido clave para iniciar a analizar los Derechos Humanos, especialmente para el inicio del diseño de instrumentos destinados a eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres. En América Latina, la Declaración Americana de los Derechos y las Obligaciones de los Hombres de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969, incluyen bases fundamentales para la protección de los

derechos humanos en la región. La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicarla violencia contra las mujeres de 1994, convención que inicia un análisis de género para la formulación de legislación regional para proteger y responder a las necesidades de las mujeres, a la que Ecuador ha sido parte de estas discusiones para posteriormente, grupos de mujeres iniciar trabajando una ley contra la violencia y la discriminación a las mujeres.

La ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia nace, en la dirección Nacional de la Mujer, producto del trabajo conjunto de Abogadas, juezas, grupo de mujeres organizadas, ONGs Internacionales, constituyéndose así en una norma escrita que posteriormente se denominó la **Ley No. 103** aprobada el 29 de noviembre de 1995 y publicada en el Registro Oficial No. 839 del 11 de diciembre del mismo año.

En 1997 vuelve a la discusión nacional la necesidad de una nueva reformas constitucionales, reformas que respondan a las nuevas condiciones económicas sociales, culturales políticas y ambientales tanto en el orden interno como en el internacional

En 1998, la asamblea constituyente aprobó, reformas constitucionales que garantizan los derechos de las mujeres.

Considerando que estos derechos atañen a todos los ámbitos de la vida social, económicos, políticos y culturales del país. Y que además brinda un marco jurídico necesario para la formulación de políticas que facilita el logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Ahora bien, todas estas instancias de discusión de reformas constitucionales, se ha revisado ampliamente en lo que tiene que ver con género, desarrollo, cultura, religión, muchas veces se discute la participación política de las mujeres, en el ámbito nacional, pero ¿acaso la seguridad jurídica por parte del estado hacia las mujeres era un aspecto ya agotado?. Estos y otros temas como la competencia la jurisdicción en el ámbito de su aplicación, la condición jurídica de la mujer es todavía incierto a pesar de que existe una ley que protege y ampara en caso de violencia.

4. Fundamento de la creación de la Ley contra la violencia a la mujer y la familia.

Desde la década de los 70 y 80 una serie de conferencias ha demostrado que la discriminación contra la mujer ha sido un fenómeno mundial que aparece en todos los ámbitos de la vida social de la mujer. Como resultado de estas conferencias, todos los estados están obligados a revisar y

en algunos casos a incorporar una serie de instrumentos legales de acuerdo con los tratados internacionales, que poco a poco fueron constituyendo objetivos claros para la constitución de una legislación en cada uno de los estados parte, para la defensa y la igualdad de las mujeres, según Giulia Tamayo - abogada peruana – dice: "**Es encontrar nuevas formas de constituir la justicia en la propia vida diaria de las gentes...**" partiendo de una integración de la justicia en todas las instancias de la sociedad, ya que las tensiones generadas por las demandas de las mujeres, depende de las condiciones de equidad, de desarrollo y la seguridad jurídica que brinda cada estado para la protección efectiva de las mujeres.

Con el objetivo de crear una participación plena de las mujeres en la vida económica, política, social y cultural, el Consejo Nacional de Mujeres CONAMU, basado en el respeto a las libertades individuales del ser humano, ha venido trabajando para que estos principios de justicia de igualdad y equidad de género se plasmen en una ley escrita.

Por otro lado, con el creciente desarrollo económico y social que a partir de estas décadas y la permanente superación, profesionalización y la inserción a la vida laboral de la mujer, por un lado y, por otro lado, ante la constante necesidad a

ser protegidas y defendidas de la discriminación y violencia tanto física como psicológicas y sexual, se ha ido constituyendo una serie de propuestas de leyes y normas de defensa y protección de la mujer y la familia.

5. Naturaleza Jurídica de la Ley contra la violencia a la mujer y la Familia.

El problema de la naturaleza Jurídica de la ley, plantea tres cuestiones estrechamente vinculadas pero que deben tratarse separadamente, lo primero que debemos resolver si la ley se relaciona con el “Derecho Civil”, en segundo lugar si la ley se relaciona con el “Derecho Penal”; o, es una norma especial como tercer punto.

Respecto al primer problema, debemos reconocer que a pesar de los argumentos esgrimidos para tratar de demostrar que la ley tiene relación con la rama del Derecho Civil, este criterio no es satisfactorio. Si bien es cierto, los problemas de que se ocupan la Ley tiene su origen y desde luego su **solución** en las disposiciones del Derecho civil, cuando se trata un divorcio como efecto de la violencia, en los Derechos de alimentos a los hijos, en la tenencia de los hijos, en la

disolución de la sociedad conyugal y otros”¹¹ que en el ámbito del derecho civil acaban por solucionar problemas de violencia; por otro lado, en el Derecho penal, cuando la agresión ya constituye delitos de orden público, este hecho hace entonces imposible considerar que con solo el Derecho civil, se pueda proponer y resolver válidamente los problemas de la ley contra la violencia a la mujer y la familia. Por lo tanto al Derecho Civil, le falta competencia para tratar y resolver casos de violencia intra familiar en las que sea de orden penal.

Diversos son los criterios de referencia, si la ley relaciona con el ámbito Civil o con el ámbito Penal, y una vez determinada esta cuestión se ubicaría la jurisdicción y competencia de la ley. Se debería categorizar a la ley contra la violencia a la mujer y la familia como una “**ley especial**” del Derecho Penal Común, dado que las Comisarías de la mujer y la familia, son competentes no sólo para los casos de violencia intra familiar sino para todas las controversias y adoptar medidas preventivas y correctivas determinadas en el Art. 622 del Código Penal, por lo que reconoce a estos comisarios como Juez de instrucción, según determina el considerando cuarto del Acuerdo No. 0751 y Arts. 2, 4, 7 y 8 del Reglamento sustitutivo para el Funcionamiento de las

¹¹ Código de Derecho Civil

Comisarías de la Mujer y la Familia"¹², con lo que su ámbito de competencia se amplió a la intervención de ONG's, como apoyo técnico, social y psicológico.

En conclusión diría: que la competencia para resolver la violencia intra familiar está determinada en la Ley, con una característica similar para resolver todas las “contravenciones tipificadas en el Código de Procedimiento Penal (CPP), en donde se adopta medidas preventivas y correctivas”¹³, haciendo que ubiquemos a la ley como una norma especial, hasta cierto punto de carácter penal.

Por otro lado diría que la ley Contra la violencia a la mujer y la familia deduce sus reglas de normas de carácter Especial, sin separarse por completo del derecho penal. Por lo que varias normas de protección de la violencia tipificados en la Ley 103 contra la violencia a la mujer y la familia en algunos casos aplica normas de Derecho Penal, en caso concreto como la violencia Sexual, o cuando ocasionan muertes por los convivientes o esposos; en este caso son crímenes que son procesados inclusive por ley del procedimiento penal.

¹² Dr. Ramiro López Garcés. Comentarios a la Ley 103 contra la violencia a la Mujer y la Familia desde el punto de vista civil y penal 2001

¹³ Código de Procedimiento Penal. Y Código Penal Ecuatoriano.

Por lo tanto, la Ley 103, Contra la violencia a la mujer y la familia, es una ley de carácter especial que está constituido el Título Preliminar, tres títulos y varios capítulos estos son:

TITULO PRELIMINAR

TITULO I

CAPITULO I

COMPETENCIA Y JURISDICCION

Personas que pueden ejercer la acción, los que deben denunciar, de los Jueces Competentes y envío de la Causa a otra Jurisdicción.

CAPITULO II

MEDIDAS DE AMPARO:

Medidas de amparo a favor de las personas agredida, allanamientos, colaboración de la Policía Nacional, Infracciones Flagrantes y control del Organismo Judicial.

CAPITULO III

JUZGAMIENTO ANTE LOS JUECES DE FAMILIA

Solicitud o demanda, citación, convocatoria a audiencia de conciliación, Audiencia de conciliación y Juzgamiento, Sanciones.

CAPITULO IV.

DEL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS. Juzgamiento.

TITULO II.

DE LA DIRECCION NACIONAL DE LA MUJER Y DE LAS
POLITICAS REHABILITADORAS Y ORGANISMOS
AUXILIARES. La Dirección Nacional de Mujeres

TITULO III.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS. Del fuero, Normas
supletorias, Disposiciones Transitorias.

CAPITULO II

LA APLICABILIDAD Y SUS ALCANCES DE LA LEY 103 EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1. Competencia y Jurisdicción

1.1.-Algunos Definiciones o Conceptos de Competencia.

De acuerdo a la Real Academia de la lengua, la palabra “competencia” viene del Latín Competentia, que significa Competente; desde este significado etimológico, se trae dos definiciones básicas para entender a la Competencia:

- a. “Pericia, aptitud, idoneidad para hacer algo o intervenir en un asunto determinado.
- b. Atribución Legítima de un Juez u otra autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto¹⁴”.

Otros consideran a la competencia “como el límite que tiene un juez en el ejercicio de su Jurisdicción”.

En el Art. 1 inciso 2 del código de Procedimiento Civil señala que “La Competencia es la medida dentro de la cual la

¹⁴ Diccionario de la Real academia de la Lengua Española

referida potestad (jurisdicción) está distribuida entre los diversos tribunales y Juzgados, por razón de territorio, de las cosas, de las personas y de los grados¹⁵”.

Ricardo Levene H. “mientras la jurisdicción es un concepto genérico, es decir, una potestad del juez, la competencia es un concepto aplicado al caso concreto, pues no todo los jueces pueden intervenir en cualquier litigio , sino en aquellos casos en que la ley le permite¹⁶” Como no es conveniente ni científico que los funcionarios judiciales puedan conocer indistintamente de todo clase de asuntos, la competencia, se explica con la distribución por materias, por el territorio y otros como señala la ley.

1.2. Algunas Definiciones o conceptos de Jurisdicción.

A si mismo de Acuerdo a la Real Academia de la Lengua “Jurisdicción” viene del Latin Jurisdictio, onis, que significa: “Poder que tienen los Jueces y Tribunales para Juzgar y hacer ejecutar lo Juzgado¹⁷”.

Concepto que se lo entiende con la actividad de **conocimiento**, reflejadas en la proposición de la demanda y

¹⁵ Walter Guerrero V. Jurisdicción y competencia Penal. Pp. 125, 126.

¹⁶ Walter Guerrero V. Jurisdicción y competencia Penal. Pp. 126

¹⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

su contestación, otra, actividad de “**juzgamiento**”, que tiene que ver con el examen, valoración de las pruebas en base a lo alegado por las partes, resolución de la controversia y trámites de los recursos o medios de impugnación de las resoluciones, y, se entiende también como la actividad de “**ejecución**” que no es otra cosa que el cumplimiento de lo resuelto por el Juez, incluso utilizando medidas de apremio.

Partimos manifestando que no es factible dar una definición absoluta de Jurisdicción, válida para todos los tiempos y todos los pueblos por ser diferentes las normas del derecho y los métodos de juzgar, pero como nuestro régimen encaja dentro del mecanismo de lo legal, muchos son las nociones que se han esbozado, sin que se haya encontrado uno que sintetice el inmenso contenido de la palabra: así, **Mesa Velásquez** define como “**El poder del Estado ejercido a través de los jueces y tribunales de justicia, de aplicación y de ejecución a las decisiones judiciales**”, o como dice: **Goldschmidt** “**La facultad y el deber de administrar Justicia**”, igualmente puede afirmarse que jurisdicción es la facultad que posee el estado de administrar justicia, declarando o imponiendo el derecho en los casos particular de conformidad con la constitución, y las leyes de la república”.

A su vez para ejercer la actividad jurisdiccional, los funcionarios judiciales debe estar dotado de determinados poderes o potestades de acuerdo a la Ley Orgánica de la Función judicial y el Código de Procedimiento Penal y el Código de Procedimiento Civil de acuerdo a la materia correspondiente.

Competencia viene de la palabra **Competer**, que significa "corresponder, incumbir a uno o alguna cosa, es decir, como la medida en que la jurisdicción se distribuye entre las diversas autoridades judiciales o también la facultad que tiene un funcionario público de aplicar justicia en un caso concreto".

Por consiguiente la competencia es el límite o medida de la jurisdicción, igualmente se define como "la capacidad o aptitud legal del funcionario judicial para ejercer jurisdicción en un caso determinado".

En el código de procedimiento penal la Jurisdicción y competencia son términos que se han prestado a confusiones según Hernando Morales citado por Mattirola "La Jurisdicción comprende toda clase de asunto y la competencia queda circunscrita a los designios de la Ley".

Luis Eduardo Mesa Velásquez, dice "La Jurisdicción es un poder en absoluto o general de aplicar el Derecho y de ella están investido todos los jueces. La competencia es una facultad específica de un poder jurisdiccional limitado por la materia, el lugar etc. Todo juez tiene necesariamente jurisdicción pero no puede conocer de todo tipo de delito; Sólo puede esperar su función en el conjunto de asuntos que la ley determina, es la aptitud para conocer determinados casos, es lo que caracteriza a la competencia".

2. Competencia y Jurisdicción y la ley 103 contra la Violencia a la Mujer y la Familia.

Partiendo de estos conceptos básicos que definen algunos autores podemos decir que la competencia y Jurisdicción, de la Ley contra la violencia a la mujer y la familia esta determinada en la misma Ley, en su Art. 8. Del Capitulo I **"Jurisdicción y Competencia"**.- en donde se mencionan a cuatro entes creadas de acuerdo a la misma Ley, responsables de hacer ejecutar lo establecido.

El **Juzgamiento** para las infracciones establecidas en esta Ley, le corresponde únicamente a juzgado de la familia, instancia creada pero no vigente hasta el momento en todas las provincias y cantones

De acuerdo a la misma Ley enumera algunas instancias que actúan de acuerdo a su Jurisdicción Territorial así en las parroquias, cantones y provincias tales como:

1.-“Los Jueces de Familia, que ya mencioné anteriormente

2.- “Los Comisarios de la Mujer y la Familia”, que tiene su jurisdicción Territorial en Capitales de Provincias, y en algunos casos en Cabeceras cantonales.

3.- “Los Intendentes, Comisarios Nacionales, y Tenientes Políticos”. Estas instancias actúan donde no existe las comisaría de la mujer y la familia. Caso de parroquias rurales, en las cabeceras provinciales y en Cantones.

4.- “Los Jueces y tribunales de lo Penal”. Únicamente donde la misma ley lo determina

En el Art. 11.- Establece los Jueces Competentes de **conocimiento** de casos de violencia Intra familiar tanto físicas, psicológicas y sexuales, únicos que determina así el Art. 11.- **“Los jueces de familia, los comisarios de la**

mujer y la familia, conocerán los casos de violencia física, psicológica o sexual que no constituyan delitos¹⁸.”

En las localidades en que no se hayan establecido estas autoridades actuarán en su reemplazo los intendentes, los comisarios nacionales o los tenientes políticos; estas autoridades establecidas y creadas por la ley, están obligados al conocimiento y juzgamiento de los actos de violencia, esta norma establece la supremacía y la obligatoriedad de la norma.

De Acuerdo a la misma Ley, estas Competencias estarán determinadas por el “lugar de la comisión de la infracción, o del domicilio de la víctima. Cuando la ley hace referencia al lugar de la agresión es totalmente relativo¹⁹”, en este capítulo podemos entender al lugar geográfico donde reside la agredida, así, si la agresión es en un lugar donde no tiene acceso inmediato la autoridad por condiciones de distancia, ahí la ley no tiene su plena aplicabilidad y efectividad. La misma Ley establece personas o entes competentes para denunciar los hechos de violencia intra familiar que en muchas ocasiones este tipo de violencia por el hecho mismo de ser intra familiar queda en la impunidad.

¹⁸ Ley 103 contra la violencia a la mujer y la familia promulgada en 1995.ley Ecuatoriana.

¹⁹ Dr. Carlos Calle Mosquera

Art. 10. Los que deben denunciar.

“Estarán obligados a denunciar los hechos punibles de violencia intra familiar, en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas de haber llegado a su conocimiento, bajo pena de encubrimiento:

- 1.- Los agentes de Policía Nacional
- 2.- El ministerio Público; y,
- 3.- Los profesionales de salud, perteneciente a instituciones hospitalarias o casas de salud pública o privada, que tuvieren conocimiento de los casos de agresión”

Este orden que establece la ley, podemos decir que es también relativo, por que en mucho lugares distantes, no existen estas autoridades como para ejercer esta acción, muchas de las veces el maltrato es impune, no porque no quieran denunciar las mujeres, sino por el hecho mismo de no haber autoridad que pueda denunciar actos de maltrato.

2.1. Aplicabilidad de la Ley contra la Violencia a la Mujer a la Familia.

2.1.1. Condiciones para su aplicación.

Una vez hecho un análisis sobre la naturaleza jurídica de la ley 103 contra la violencia a la mujer y a la familia y reconocida como tal, entraremos a analizar la aplicabilidad y su ejecución de estos derechos establecidos en la ley 103. De manera que, ahora corresponde a las mujeres en situaciones de maltrato, buscar los mecanismos de protección de sus derechos fundamentales consagrados no solo en la ley sino en la Constitución Política del Estado. En la constitución están contemplados derechos que son fundamentales y esenciales, en la protección de la integridad de la familia.

La aplicabilidad de la ley tiene diferentes problemas: la una, que se deriva de la ley legalmente publicada, que según algunos analistas los recomiendan ser reformadas para que tenga su efectiva aplicación, por lo que la mayoría de conflictos radica en la interpretación, coordinación y aplicación que en torno a esta ley, realizan los operadores de justicia. Y la otra son aquellos principios, normas de costumbre que no se hallan escrito para solucionar conflictos de familia, ya es un problema para la aplicabilidad de la Ley; son normas de conducta, tradiciones y actitudes con lo que las mujeres, refuerzan, crean, mantienen y legitiman estas normas no escritas y en muchos caso son mas fuerte y

arraigas que la mismas leyes escritas, este arraigo se determina en las sociedades indígenas y campesinas que viven apartadas de las sociedades Urbanas.

El Art. 3 de la ley establece el ámbito de aplicación de la ley

“Para los criterios de esta Ley se consideran miembros del núcleo familiar a los conyugues, ascendientes, descendientes, hermanos y sus parientes hasta el segundo grado de afinidad.

La protección de esta Ley se hará extensiva a los ex conyugues, convivientes, ex convivientes, a las personas con quien se mantenga o se haya mantenido una relación consensual de pareja, así como a quienes comparten el hogar del agresor o del agredido”

Pero para que esos derechos establecidos en la constitución y en la misma ley trasciendan las esferas nacionales es menester que las propias mujeres sientan dueñas de los derechos consagrados.

El inconveniente actual para la aplicación de la ley contra la violencia a la mujer y la familia, es la falta de poner en práctica lo que la Ley faculta como también la creación de

Comisarías de la Mujer y Familia en todos los Cantones del País, es igualmente urgente y necesaria la creación de los Juzgados de Familia para la correcta aplicación, por lo que las organizaciones que lucharon para conseguir la vigencia de la Ley con la ayuda de mujeres y miembros de familia que de una y otra forma sufren las consecuencias de la violencia intra familiar, deberán impulsar la creación de los Juzgados de Familia.

También podremos manifestar que su aplicabilidad de la ley depende mucho de la Competencia, en razón de su territorio, especialmente en donde no hay Autoridades competentes determinadas por la misma Ley.

2.1.2. Alcances.

El primer alcance de esta ley contra la violencia a la mujer a la familia es el reconocimiento y aceptación, de una realidad visible, que es la violencia de características propias y distintas, altamente aceptada por las mujeres de todos los estratos sociales, sin discriminación de religión, etnias o de carácter políticos y que hasta ahora ha llegado a ser parte de su vida cotidiana, y de sus relaciones sociales.

Este reconocimiento y aceptación de la violencia, enmarca una serie de derechos fundamentales que deben ser aplicados para erradicar la violencia, y estos derechos son:

1.- Derecho a Mantener, desarrollar y fortalecer su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, social, político y económico de la mujer.

Esto implica que las mujeres tienen todo los derechos que le son propios y diferentes del resto de la sociedad.

2.- Derecho a Participar en el uso y disfrute de los bienes, servicios y conservación del medio ambiente que brinda el Estado.

3.- Derecho a ser consultados sobre planes y programas que van en beneficio de la mujer y la familia.

4.- Derecho a conservar y desarrollar sus formas de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de autoridad.

5.- Derecho a acceder a una educación de calidad.

6.- Derecho a participar mediante representantes en los organismos oficiales que determina la Ley.

Derechos reconocidos y tipificados en la constitución política del Estado, y para la aplicación, ejecución de estos derechos, nace la ley 103 contra la violencia a la Mujer y la Familia, este reconocimiento del maltrato a la mujer y la familia, ha permitido para efectos de la aplicación de la Ley, determinar los miembros del núcleo familiar como determina la misma ley en el **Artículo 3. “Ambito de Aplicación.** Para los criterios de esta Ley se consideran miembros del núcleo familiar a los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y sus parientes hasta el segundo grado de afinidad.

La protección de esta Ley se hará extensiva a los ex cónyuges, convivientes, ex convivientes, a las personas con quienes se mantenga o se haya mantenido una relación consensual de pareja, así como a quienes comparten el hogar del agresor o del agredido.”

Por lo tanto, el primer alcance de esta ley, “es la legitimación de una realidad tangible²⁰” que es la existencia de maltrato a la mujer y la familia. Y esta legitimación debe ser

²⁰ Aplicabilidad de los Derechos Indígenas. Derechos Colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador. Su aplicabilidad .Quito Ecuador. 2001. P.100 ss

contrarrestada con la aplicación de la ley. De manera que, la mujer para llegar a este reconocimiento tuvo que traspasar una serie de barreras una de ellas fue que la mujer no fue tomada en consideración en el proceso de conformación del Estado, Aún más, en la independencia conceptuaban a las mujeres como seres imposibilitados de ejercer derechos y que, por lo tanto, requerían de un representante.

Otro de los alcances significativos que reconoce, y protege esta Ley, es la integridad física, psíquica y sexual, así como los demás atentados contra los derechos de la mujer y la familia.

La acción y omisión del maltrato físico, psíquico y sexual incluye la tentativa según el **Artículo 1. Fines de la Ley.**“ La presente ley tiene por objeto proteger la integridad física, psíquica y la libertad sexual de la mujer y los miembros de su familia, mediante la prevención y la sanción de la violencia intra familiar y **los demás atentados contra sus derechos y los de su familia...**” norma que tipifica en forma muy general que podemos entender como un atentado a los derechos humanos en general.

2.2.3. Efectos.

La ley contra la violencia al ser una Ley Especial de aplicación a mujeres maltratadas, es altamente discriminadas por los varones, y hasta se ha llegado a decir que es una ley que rompe las estructuras de las familias, también que las autoridades encaradas de hacer efectiva esta ley, generalmente han sido hombres, que por falta de entendimiento de esta ley, no han logrado sancionar al infractor.

Otro de los problemas para la aplicación de la ley contra la violencia a la Mujer y la Familia, es la falta de autoridades en todos los lugares donde existe violencia, especialmente, cuando se trata de parroquias y barrios muy distantes de acuerdo a la jurisdicción y competencia que determina el artículo 8 de la Ley.

En cuanto a las medidas de amparo tampoco es aplicable, por el hecho mismo de que la autoridad tendrá que estar vigilante, si estas medidas establecidas cumplen o no en el artículo 13 de la Ley establece dichas medidas. Que para el efecto de esta ley no tiene la efectividad, en muchos casos ni siquiera como prevención.

En la cultura indígena es también rechazada porque no es parte de su vida cotidiana y expresión de sus valores culturales, sus formas de convivencia comunitarias, hay una resistencia a la otra justicia que esta reflejada en la ley 103 contra la violencia a la mujer y a la familia, que es percibido como instancia de una cultura ajena, especialmente por no considerar su realidad.

3. Medidas de Amparo Establecidas en La Ley 103 Contra La Violencia a la Mujer y la Familia

Las Medidas de amparo son ciertos medios orientados a readaptar al agresor a la vida social libre. Es decir a promover su "educación o curación", como dicen algunos autores, el respeto, poniéndolo en todo caso en la imposibilidad de perjudicar a la mujer y su familia, en los casos en que estas no se consideren suficientes y oportunos para la prevención de nuevas agresiones.

Las medidas de amparo son de imposición y ejecución inmediata o hasta 48 horas después de cometida la acción de violencia, objeto de protección y sanción establecida en la ley.

Entiendo que las mencionadas medidas son sanciones jurídicas, por lo que se presupone que se da un hecho que va en contra de los preceptos del ordenamiento jurídico que es la ley, y a la postre constituye una respuesta una reacción al hecho mismo de la agresión.

También es importante la cuestión de si la aplicación de las medidas de amparo tienen carácter jurisdiccional o y si las medidas mencionadas relacionan Derecho Civil, o con el Derecho Penal, cuestiones que se hallan estrechamente relacionadas entre si:

Para orientar mejor he tomado en cuenta lo siguiente:

- a)De acuerdo a nuestro Código penal, dentro del capítulo de las Medidas de Seguridad "sólo puede ser aplicada por la autoridad judicial",
- b)De acuerdo a nuestro derecho sólo el código penal, disciplina a las Medidas de Seguridad.
- c)También a la medidas de Seguridad tiene un principio de legalidad, es decir que "ninguno puede ser sometido a medidas de seguridad que no estén previstas expresamente por la ley ni mas allá de los casos previstos por la ley misma"²¹

²¹ Código Penal Ecuatoriano, y Código Procedimiento Penal

Descifrada estas cuestiones, debemos entender que el Código penal, en virtud de la cual el órgano que provee, opera como tutor de derechos objetivo, y no como parte interesada en la relación; entonces podemos decir que tiene características esenciales de imparcialidad. En el Derecho Civil, el órgano actúa como titular de derechos subjetivos a petición de parte interesada, entonces podremos decir que las medidas de seguridad no puede ser entendida desde el punto de vista del Derecho civil, aunque esta ley contra la violencia intra familiar habla de demanda que se aproxima a la verbal sumario, que admite acusación particular para hacer uso de estas medidas de amparo. Aspecto que le torna a la ley en *sui generis*.

También decimos que nuestros legisladores han dado a toda la materia de las medidas de amparo establecidas en la ley 103, el carácter de penal, por el hecho de que la ley contra la Violencia la Mujer y la Familia las disciplina en los modos y en las formas que son propios del procedimiento Penal.

Por otro lado, podríamos decir que la ley contra la violencia tiene el carácter de Administrativo, porque las medidas de seguridad no son en muchos casos aplicables directamente por la autoridad judicial a través del proceso, sino por una autoridad administrativa, mediante órganos propios

(comisarías nacionales de policía tenientes políticos y comisarías de la mujer credos para el efecto) sin intervención, ni siquiera indirecta de la autoridad judicial que presenta la característica de imparcialidad que distingue a la jurisdicción.

Reconocida la naturaleza jurisdiccional de la aplicación de las medidas de seguridad en materia penal, se da un paso notable para resolver la cuestión de la rama del ordenamiento jurídico a que pertenecen las medidas de amparo establecida en la ley contra la violencia a la mujer y la familia. **“Si decimos que las medidas de seguridad tienen el carácter de sanciones jurídicas, de plena legalidad en el ámbito penal; las medidas de amparo establecida en el art. 13 de la ley, son medidas que sólo se establece en el ámbito penal, por lo tanto se deslindaría del ámbito del derecho civil, por el sólo hecho, como he mencionado anteriormente, de tener una característica de una ley especial de carácter penal²²”,** utiliza permanentemente, terminología y procedimiento propio de materia penal, así “como también porque constituye un principio de plena legalidad, que implica sanciones jurídicas que están establecidas en la misma ley

²² Dr. Ramiro López Garcés. Comentarios a la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, desde un punto de vista Penal

en donde no permite adoptar otras medidas que no estén establecidas en la norma sustantiva. También decimos que forma parte del derecho Penal en cuanto se prevén y disciplinan por el código penal, especialmente. Al igual que las penas constituyen medios de lucha contra un delito. Siendo consecuencias jurídicas de hechos prohibidos por la ley penal²³ que conduce a combatir la agresión y en casos extremos la criminalidad contra la mujer y otros miembros de la familia.

Las medidas de amparo de acuerdo al artículo 13, son las siguientes:

“Las autoridades señaladas en el Artículo 8, cuando de cualquier manera llegare a su conocimiento un caso de violencia intra familiar, procederán de inmediato a imponer una o varias de las siguientes medidas de amparo en favor de la persona agredida:

- 1. Conceder las boletas de auxilio que fueran necesarias a la mujer o demás miembros del núcleo familiar ;*

Boleta de carácter "preventivo", se utiliza para el caso de nuevas agresiones, y a su vez tiene el carácter de **ejecución** que en el evento en que se cometa nuevas agresiones ya

²³ Manual del Derecho Penal Ecuatoriano.

sea física, psicológica o sexuales contra la mujer o demás miembros del núcleo familiar, evento en que la policía deberán conducir privando de libertad al agresor y mediante parte policial pondrá en conocimiento a la autoridad que le concedió la boleta de auxilio, lo que según esta ley no CADUCA.

2. Ordenar la salida del agresor de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física, psíquica o la libertad sexual de la familia;

En razón de prevención, si la autoridad que conoce del caso, considera que la convivencia de la agredida y su familia implica un riesgo para la integridad ya sea física, psicológica o sexual, ordenará que el agresor salga de la vivienda, para evitar que se consuma una infracción.

3. Imponer al agresor la prohibición de acercarse a la agredida en su lugar de trabajo o de estudio.

Para evitar inestabilidad emocional de la agredida en su lugar de trabajo o estudio, y que la ser agredida y perseguida no podrá desempeñar y rendir en su trabajo o estudio.

4. Prohibir y restringir al agresor el acceso a la persona violentada;

La autoridad competente, una vez analizada el hecho agredido, determinará las circunstancias, y de creer conveniente, para precautelar la integridad física, psíquica y sexual de la persona agredida, ordenará la prohibición o restricción del agresor a la persona agredida.

5. Evitar que el agresor, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima o algún miembro de su familia;

Para no causar efectos posteriores a causa de la persecución del agresor la autoridad competente, aplicando la Ley ordene la vigilancia de ser caso a la agredida para que no sea objeto de persecución.

6. Reintegrar al domicilio a la persona agredida disponiendo la salida simultánea del agresor, cuando se tratare de una vivienda común, impidiéndole que retire los enseres de uso de la familia;

La persona agredida que a sido obligada a salir por el agresor, o ha tomado la decisión personal de abandonar el domicilio para evitar que se siga cometiendo agresiones físicas, psicológicas y sexuales en su contra, la autoridad competente que haya conocido el caso ordenará se reintegre a su domicilio, pudiendo ordenar incluso la salida del agresor del domicilio.

7. Otorgar la custodia de la víctima menor de edad,

También podemos hablar de personas incapaces, como lo establece el Código Civil, en caso de inhabilidades para cuidar a menores de edad. y las disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia; y, en caso de abandono, ordenará que se le entregue a un establecimiento de asistencia pública o privada, o en colocación de una familia.

8. Ordenar el tratamiento al que deben someterse las partes y los hijos menores de edad si fuere el caso”.

La autoridad competente si de ser el caso ordenará a la agredida y los menores de edad un tratamiento médico en caso de lesiones físicas, o el tratamiento psicológico, cuando haya sufrido agresiones psicológicas o sexuales, ya que al

sufrir estas agresiones, causa grandes trastornos en la personalidad.

3.1. Condiciones para su aplicación.- La aplicación de las medidas de Amparo se subordina a dos condiciones:

a. La comisión de un hecho previsto por la ley como agresión física, psicológica o sexual.

Para aplicar esta Ley es que debe existir un hecho de agresión, y que esta agresión esté tipificado en la ley, y al mismo tiempo debe haber un sujeto activo de agresión en este caso el agresor, y un sujeto pasivo de la agresión que es la agredida, o víctima de la agresión.

b. La peligrosidad del agresor.

La peligrosidad del agresor es una derivación del concepto general del peligro. Según se ha visto, para la existencia del peligro no es suficiente la posibilidad de un resultado temido; "sino que es necesaria la posibilidad relevante que se denomina "probabilidad", es decir, aquella típica posibilidad que expresa lo que normalmente acaece".

En nuestro ordenamiento jurídico demuestra la importancia de la peligrosidad, por tal motivo, en nuestro código penal se ha previsto y disciplinado cuatro formas específicas de ellas: la reincidencia, la habitualidad criminal, la profesionalidad en el delito y la tendencia a delinquir, y que a la postre es adaptada a la ley contra la violencia a la mujer y la familia como consecuencias jurídicas que puede acarrear el agresor, no en su condiciones de delincuente o criminal, sino en condiciones de agresividad de la persona en un entorno familiar y social. Se habla también de la reincidencia del agresor, de la habitualidad y de tendencia a ser agresor, pero en la ley no esta tipificadas como tal sino son normas que son adaptables al código penal vigente.

Así mismo, en el ámbito penal, "aplicando esta noción a la persona humana y considerando la relación que media entre ella y un determinado comportamiento, se obtiene la peligrosidad de la persona, que se denomina criminal cuando la acción que se teme es un delito penal²⁴". De acuerdo a la ley contra la violencia a la mujer y la familia, lo llamaremos peligrosidad del agresor, cuando la acción que se sospecha se cometa, es una acción tipificada en la misma ley, en el

²⁴ Dr. Ramiro López Garcés. Comentarios a la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, desde un punto de vista Penal

Código penal y en la constitución política del Estado como agresión, esto puede ser física, psicológica o sexual, es decir que afectaría la condiciones de integridad personal de la mujer o de sus miembros.

La persona es socialmente peligrosa “cuando es probable que cometa nuevos hechos previstos por la ley como agresiones tanto físicas, psicológicas o sexuales, es peligroso no sólo por el hecho de que **pueda** cometer una agresión o un delito, sino por la probabilidad de que se cometa, y por lo tanto la peligrosidad es ***"una intensa capacidad de agresión"***

La peligrosidad constituye un modo de ser, un estado de la persona y, como tal no puede tener carácter instantáneo, si no que debe ser mas o menos duradera. Una cierta cronicidad es connatural a la peligrosidad, lo que no significa, sin embargo, que debe tener carácter de permanente; puede ser también transitoria, lo que sucede cuando es eliminable y precisamente cuando el individuo es susceptible de relacionarse o "readaptarse" a la vida familiar y social"

3.2. Alcances.

Las Medidas de Seguridad según contempla nuestro código penal son de dos clases: Personales y patrimoniales, a su vez las personales se divide en privativas y no privativas de libertad. Podríamos decir de acuerdo a lo mencionado, sólo cuando hablamos de las medidas personales, nos estamos relacionando la ley contra la violencia a la mujer y la familia, en los que se refiere al art.13 del Capítulo II de la mencionada Ley, Capítulo de la medidas de amparo, identificado como una institución penal y que tiene su propia jurisdicción y competencia. De ello derivó lo siguiente:

- Proteger la integridad física, psíquica y sexual, así como los demás atentados contra los derechos de la mujer y la familia
- Las medidas de amparo son indeterminadas, no se caduca, debiendo desaparecer, conforme a su naturaleza, sólo cuando haya desaparecido el estado de peligrosidad del agresor. Me viene una incógnita, de ¿cuándo desaparece estas medidas de amparo?. Podríamos decir que estas medidas son aflictivas; mas aún, prácticamente, a causa de la indeterminación de su duración, resulta mas duras que la imposición de las

penas. Cuando utilizando una consecuencia inevitable de un medio que se dirige a otra finalidad que es la de conseguir readaptación familiar y social del agresor, podríamos decir que desaparece no solo medidas de amparo establecida en la ley del art. 13 sino la peligrosidad del agresor.

- “A diferencia de las penas que solo se aplica a los imputables, las medidas de Amparo se aplicarían a los inimputables (casos de menores de edad) en donde la ley no hace referencia a ello.
- Se aplica sólo a agresores que han cometido un hecho previsto como agresión, establecida en la ley contra la violencia a la mujer y la familia
- También tiene como finalidad impedir la comisión de nuevas agresiones
- Estas medidas de amparo se imponen por órganos de la jurisdicción, es decir de acuerdo al artículo 8 de la Ley”²⁵.

²⁵ Carlos Calle Mosquera, comentarios a la Ley contra la violencia a la Mujer y la Familia

3.3. Efectos.

Los efectos de las medidas de amparo podemos determinar desde diversos puntos de vista:

3.3.1. Desde el punto de vista de su extinción de emisión de las medidas de amparo:

Al no poder establecer con certeza las causas que extingue la validez de la boleta de protección, o habiendo establecido 30 día por la validez de la boleta u el orden del cumplimiento de cualquier otra medida de amparo, esto no significa que la agresión haya terminado, sino, en muchos caso se agrava, el agresor generalmente busca venganza, por que no hay un seguimiento ni la verdadera reconciliación.

3.3.2. Desde el punto de vista Geográfico.

El Art. 8 de la ley contra la violencia a la mujer y la familia establece, " El juzgamiento por las infracciones previstas en esta ley corresponderá a:

- Los jueces de Familia;
- Los comisarios de la Mujer y la Familia;

- Los intendentes, comisarios nacionales y tenientes políticos; y,
- Jueces y Tribunales de lo Penal.

La competencia estará determinada por el lugar de comisión de la infracción o el domicilio de la víctima, sin perjuicio de las normas generales sobre la materia".

La aplicación de esta norma no es absoluta para la solución de diversos casos de agresión intra familiar, provocados en lugares poco accesibles y distantes de las autoridades competentes como lo establece en el sentido estricto de la palabra. Así con un simple ejemplo podríamos entender el alcance real de esta Ley (a un agente policial no se lo puede encontrar en todos los rincones de la patria, para la vigilancia de la familia agredida, especialmente cuando se trata de comunidades indígenas y campesinas, que con sólo hablar de comunidades implica una distancia considerable de acceso al lugar de recinto para iniciar una acción).

3.3.3. Desde el punto de vista de su efectividad.

Por el simple hecho de no constituir un hecho pesquizable de oficio, invalida automáticamente la aplicación de dichas medidas, generalmente las agresiones son acciones ocultas y en muchos casos cuando son denunciados se entiende un atentado al derecho de la privacidad familiar o a su vez son acciones u omisiones que no implican agresiones físicas sino psicológicas, que afectan a la integridad de la mujer que son inobservables, salvo casos que son evidentes de agresión física que demuestre golpes contusiones hacia la agredida.

4. Derecho Positivo en la aplicabilidad y alcance de la ley.

El derecho positivo se halla constituido por un conjunto de disposiciones y leyes codificados en el ordenamiento jurídico de un Estado. La ley por tanto, es el grupo de normas jurídicas con las que el estado protege a la familia mediante la amenaza de una sanción a ciertos comportamientos humanos (acciones u omisiones). En otros términos, es el conjunto de preceptos cuya inobservancia tiene por consecuencia la imposición de una sanción al autor de la

agresión. Naturalmente al formar parte de esta rama del derecho, que sin prohibir determinadas conductas, establecen diversas condiciones para su aplicabilidad.

La aplicación y la eficacia de la ley contra la Mujer y la familia se puede medir por el grado de:

- “Ejercicio directo de derechos por parte de los beneficiarios o titulares, este caso son las mujeres o la familia que requiere la protección de estos derechos.
- Respeto de los derechos de las Mujeres por parte de las autoridades y terceros. Generalmente este derechos cuando se trata de sociedades altamente machista no son aplicados hasta muchas veces son violentados.
- Aplicación o implementación de derechos mediante políticas públicas o acciones positivas por parte del Estado.
- Protección o garantías de derechos por parte de los Órganos jurisdiccionales correspondientes, cuando los mismos son incumplidos o vulnerados”²⁶.

Y para que eso tenga la plena aceptación y reconocimiento por parte de la sociedad no basta que estas normas estén

²⁶ Adaptado de Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, El Derecho Indígena y su eficacia. Medio Siglo de Derecho Internacional Indigenista y un cuarto de siglo de constitucionalismo Pluralista en Latinoamérica.

escritas, sino que se requiere de un cambio en la cultura jurídica tanto de funcionarios u operadores jurídicos, como de usuarios o beneficiarios del sistema. En consecuencia el derecho positivo es parte del ordenamiento jurídico del Estado. Se halla caracterizado por la naturaleza de un resultado de la trasgresión de un precepto.

5. Marco Legal para la Aplicación de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia.

Sobre este tema hay una serie de normas que garantizan la aplicabilidad y el acceso a la justicia y la defensa de la Mujer cuando son violentados sus derechos fundamentales.

En el Ecuador durante todo el proceso de la democracia se han firmado una serie de tratados y convenios internacionales que protegen los derechos de la mujer, tratados que son firmados en el sistema internacional como en el sistema interamericano que el capítulo anterior ya lo he detallado.

En Ecuador, en la Constitución Política del Estado, se ha aprobado una serie e normas fundamentales con la única finalidad de proteger a la mujer contra la violencia a la Mujer y la Familia.

En el Constitución Política 2008 Art. Numeral 2. Son deberes primordiales del Estado: Asegurar la vigencia de los Derecho Humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.”

Artículo 23.- Sin perjuicio de los Derecho Establecidos en esta Constitución y en los Instrumentos Internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

- La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.
- La integridad personal. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano.
- El estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar, en especial, la violencia contra los niños, adolescentes, las mujeres y personas de tercera edad.

- La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.
- El derecho a disponer de bienes y servicios, públicos y privados, de optima calidad; a elegirlos con libertad, así como recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”.

El Marco jurídico legal de protección a la Mujer y la Familia, aprobada y publicada el 11 de diciembre de 1995 que se la denomina Ley No. 103, entró en vigencia en la misma fecha. Norma que define la Violencia Familiar, establece la Competencia, Jurisdicción y regula el proceso para los casos de violencia familiar.

Otra de la norma protectora de maltrato Intra familiar es el Código de la Niñez y Adolescencia contiene en el Capítulo II. DE LAS POLÍTICAS Y PLANES DE PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA FRENTE AL MALTRATO. En su artículo 193. Inciso 3. **“Las políticas de protección**

especial, encaminadas a preservar y restituir la derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situaciones de amenazas o violación de sus derechos, tales como: maltrato, abuso y explotación sexual, explotación laboral y económica, trafico de niños, niños privados de su medio familiar, niños hijos de emigrantes, niños perdidos, niños hijos de padres y madres privados de libertad, adolescentes, infractores, niños desplazados, refugiados o con discapacidades; adolescentes embarazadas etc...”²⁷

Cada uno de estas normas establecidas por el Estado Ecuatoriano con sus normas y procedimiento específicos, sus sanción y hasta su ejecución, lo que restringe su eficacia en la determinación de la competencia y jurisdicción en el momento de hacer cumplir sus derechos.

6. Supremacía de la ley Contra La Violencia a la Mujer y la Familia.

Partiendo del artículo 8 de la ley contra la violencia a la mujer y la familia que determina claramente los jueces competentes

²⁷ Código de la niñez y la Adolescencia Ecuatoriano, de las políticas y planes de la protección a la Niñez y la Adolescencia frente al maltrato.

para el conocimiento y juzgamiento de las infracciones de esta Ley son:

- 1) Jueces de Familia,
- 2) Comisarías de la Mujer y la Familia,
- 3) Intendentes de Policía
- 4) Comisarios Nacionales,
- 5) Tenientes Políticos; y,
- 6) Jueces y Tribunales de lo Penal.

Esto relacionando con el Art. 1 del Código de Procedimiento Penal, en que tipifica que la competencia en materia penal nace de la ley, puesto que sin duda el derecho penal constituye un conjunto de preceptos dirigidos a sus súbditos y su función esencial consiste en regular la conducta de estos, prohibiendo determinados comportamientos. Mientras la ley 103 contra la violencia a la mujer y la familia tiene la misma connotación jurídica que la competencia en materia de maltrato intra familiar nace exclusivamente de la ley.

La diferencia esta en que la ley penal es ***imperativa***, como regla de conducta promulgada por el estado, mientras que la ley 103 contra la violencia a la mujer y la familia tiene el carácter de **punitiva**.

Al mismo tiempo hay que definir si las agresiones a la mujer y la familia constituye un acto de contravención o un delito; sin duda en el hecho de agresión y para el efecto de la ley, la agresión a la mujer y la familia debería constituir únicamente como contravención y no como un delito común, en donde el juez de familia tendría que remitir al juez competente, una vez dictada las medidas de amparo y no caer en constantes imprecisiones en la aplicación de la ley.

Si la sanción es lo característico de la norma, lo que realmente encontraremos en el centro de nuestra disciplina es la agresión. La finalidad de la ley es impedir la agresión o en otros términos, combatir la violencia intra familiar. Este es el fin directo y exclusivo de la ley.

Por otro lado, las consecuencias sociales, en otros términos, una idealidad que no se encuentra acogida en el derecho vigente, pero que se considera que deben existir en el futuro, puesto que el Derecho positivo se entiende por la ciencia del derecho como un conjunto de hechos y acciones ciertos y fuera de toda discusión, consistentes principalmente en el intento de llegar a conocer de la manera mas exacta y compleja el significado de las disposiciones que constituyen la ley, determinando la naturaleza y el alcance de los derechos, deberes y obligaciones.

7. Análisis Jurídico de la Ley en la Legislación Ecuatoriana

Es preciso recordar lo establecido anteriormente la naturaleza jurídica de esta ley en nuestro ordenamiento jurídico actualmente vigente.

El problema, en los términos indicados es estrictamente jurídico, puesto que la ley Contra la violencia a la mujer y la familia es un instrumento creado por el Estado, que determina su índole y modalidades con disposiciones de carácter particular o especial, tratándose a mi parecer de un problema de interpretación y de un análisis profundo, debiéndose resolverse, como todos los problemas de esta clase, sobre la exclusiva base del derecho positivo.

Si examinamos con mayor objetividad y prescindiendo de cualquier punto de vista razonable del derecho que se halla en vigencia en Ecuador, y que he llegado a la conclusión de que la ley ha conservado en la práctica su carácter tradicional, es decir, el carácter de sancionadora o imperativo y no de carácter punitivo o readaptación social y familiar al agresor.

También podremos hablar de otra característica de imperativo de la ley, puesto que su función esencial consiste en regular la **conducta del agresor**, cohibiendo determinados comportamientos. De esta manera la ley intenta obtener la finalidad, que según ha quedado dicho, consiste en la conservación de la integridad de la familia y el desarrollo de la comunidad social.

También, a esta ley podríamos decir que puede tener un **carácter estatal**, aunque esta ley no es norma penal, pero su eficacia depende de la obligatoriedad de las autoridades competentes para el efecto. Sin embargo, quien examina nuestra ley con una mentalidad libre de perjuicios teóricos, no podrá reconocer que el derecho mismo asigna a la ley la función de la enmienda del agresor.

CAPITULO III

APLICABILIDAD DEL DERECHO INDIGENA CONTRA LA VIOLENCIA A LA MUJER Y LA FAMILIA

1. Contexto General de los Derechos de Pueblos y comunidades indígenas a nivel Internacional y Nacional como sujetos de derechos fundamentales.

1.1. Los Derechos de los Pueblos indígenas a nivel Internacional.

Durante estas últimas décadas, los derechos internacionales han experimentado el surgimiento de políticas sobre los derechos indígenas y al mismo tiempo un reconocimiento en las normativas jurídicas en los países que promueven el desarrollo de los pueblos indígenas; esto ha conllevado a que en nuestra Constitución Política se integren importantes leyes y normas que regulan la protección de los derechos de los pueblos y nacionalidades. Estos instrumentos de una u otra manera han permitido fortalecer la presencia de los pueblos indígenas a nivel internacional.

1.1.1. La convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano (III) de 1940.

Este convenio sobre el Instituto Indigenista Interamericano fue firmado por 18 países, a raíz del Congreso Internacional de Patzcuaro en México. “En ese marco, el Congreso de Pátzcuaro se preocupó por el llamado “problema indígena” y buscó institucionalizar políticas indigenistas bajo el modelo integracionista que venía gestándose en México a raíz del nuevo constitucionalismo social, iniciado en 1917. El integracionismo busca, como su nombre lo dice la “integración de los indígenas en el Estado y el mercado a través de políticas estatales que reconocen las especificidades culturales de los indígenas²⁸”.

1.1.2. Convenio No. 107 de la OIT sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en países independientes de 1957.

Este convenio es dado por el Programa Indigenista Andino que la OIT dirigió durante 50 años, en colaboración de Naciones Unidas. “Por ello este convenio incorpora una serie de derechos que van mas allá del tema laboral, como los derechos a la tierra, derecho consuetudinario, entre otros²⁹”.

²⁸ Marzal. Manuel (1986): Historia de la Antropología indigenista: México y Perú. Lima PUCP, 1986.
Recopilación. Raquel Z. Yrigoyen Fajardo. Abogad a. pp. 4 .ss.

²⁹ Recopilación. Raque Z. Yrigoyen Fajardo. Abogada. Pp. 7. Biblioteca Flacso.

1.1.3. Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989.

El convenio No. 169 se adopta entre 1987 - 1988, que finalmente es aprobada en 1989, luego del cuestionado quinto centenario de la penetración europea en las Américas, impulsada por un movimiento indígena emergente en Latinoamérica. En este contexto se produce una ola de reformas constitucionales en los países de Latinoamérica que se da a la par de los procesos de ratificación de este Convenio. “Estas reformas se da en diferentes campos, tales como: programas de reformas del Estado y ajuste estructural y, el otro, un conjunto de programas democratizadoras de los movimientos sociales e indígenas y el discurso de multiculturalismo”³⁰.

“Este convenio, de modo explícito, proscribire las políticas de asimilación o integración forzosa que alienaban a los pueblos indígenas la capacidad de toma de decisiones sobre su destino”. Así el convenio 169 reconoce “las aspiraciones de tales pueblos a asumir el control de sus

³⁰ Recopilación. Raque Z. Yrigoyen Fajardo. Abogada. Convenio 169 OIT 1989 sobre pueblos indígenas y Tribales. Pp. 7 y 8. Biblioteca Flacso.

propias instituciones y forma de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer su identidades, lengua, religiones, dentro de los estados en los que viven³¹”. De ahí se desprende la necesidad de procesos de consulta previa y de participación en todas las políticas o programas que los vayan a afectar, que este convenio instituye en Derechos. Entre otros, el convenio No. 169 reconoce el derecho a la tierra y territorio y acceso a recursos naturales; reconoce el propio Derecho consuetudinario, así como derechos relativos al trabajo, salud etc.³²”

Este convenio constituye el instrumento internacional más importante y avanzado en cuanto al reconocimiento de los Derechos Colectivos, posteriormente ratificados por muchos países. Estas normativas internacionales de derechos humanos ha influido a que en las reformas a la Constitución nace con el enfoque de multicultural, naciendo así la noción de Estado Multiétnico y Pluricultural, el cual no significa que cada pueblo desarrolle su propio estado, sino que reconozca la existencia de sus diversos contextos socioculturales³³.

³¹ Convenio 169 sobre Pueblos y Indígenas y Tribales en Países Independientes

³² Recopilación. Raque Z. Yrigoyen Fajardo. Abogada. Pp. 8. Biblioteca Flacso.

³³ Folletos Dirección Nacional de Defensoría de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo. Mario Melo. Quito, enero 2008, pp21.ss

Así, tenemos también que en el 2006, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Luego en fecha 26 de febrero de 1997, la Comisión Interamericana aprobó la Declaración Americana de los Derechos de los pueblo Indígenas.

El seminario de expertos sobre pueblos Indígenas y Administración de Justicia realizado en Madrid España en el 2003, convocada por la Oficina de Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, identificó algunos factores que contribuyen a la Discriminación de pueblos indígenas en la Administración de Justicia. El creciente desequilibrio y desigualdad en sus derechos económicos, sociales y culturales; la falta de reconocimiento y protección de las mujeres y menores de edad ha hecho que en el contexto internacional se preocupen en recomendar y exigir a los estados contratantes a garantizar y proteger estos derechos fundamentales.

1.2. Los Derechos de los pueblos Indígenas en el Contexto Nacional

La constitución Política del Ecuador, aprobada en agosto de 1998, incorpora algunos avances en las reformas de los

derechos de los pueblos y nacionalidades del Ecuador. Solo cuando nos referimos al preámbulo de la constitución de 1998, en donde se señala que el Pueblo Ecuatoriano “Proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y cultura³⁴” y consecuente con esta voluntad manifiesta inicialmente, ya en el Artículo 1 de la Constitución se define al Estado del Ecuador como un “estado social de derecho, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico”. Actualmente en la Constitución aprobada en 2008 ya se reconoce como un estado plurinacional.

En este contexto en el art. 84 de la Constitución Ecuatoriana de 1998, consagra un conjunto de derechos colectivos de los pueblos indígenas, “son conjunto de derechos entre ellos los más relevantes para nuestro estudio el referido al territorio, a la identidad, participación, autonomía interna, ejercicio de la autoridad comunitaria, justicia propia³⁵”. Son derechos que no fueron reconocidos por el Estado en su totalidad, por la diversidad de interpretación jurídica una y otra por la falta de

³⁴ Constitución Política del Estado 1998.

³⁵ Folletos Dirección Nacional de Defensoría de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo. Derechos Indígenas en la Constitución. Mario Melo. Quito, enero 2008.pp4.ss

aceptación de un estado intercultural plurinacional de la sociedad en general.

En La Constitución del 2008, con los mismos principios de democracia y respeto de los derechos fundamentales en el Artículo 1.- se determina un estado “Intercultural” y “plurinacional”, y en los Artículos 56 y 57, de la actual Constitución se establece y se incorpora una diversidad de derechos colectivos y de entre ellos los más importante es el numeral 10 del artículo 57 que en su parte pertinente manifiesta: “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinarios, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de mujeres, niños, niñas y adolescentes”.

Estos derechos son fundamentales para las comunidades y pueblos indígenas ya que sin estos derechos la supervivencia de los pueblos indígenas es incierta, y vulnerables, haciendo que no exista la justicia y equidad en la administración de justicia.

2. Reconocimiento de la existencia y la aplicabilidad del Derecho Indígena: Jurisdicción y Competencia.

En la Constitución Política del Estado se sobresale el verbo “reconocer” debido a que los mismos no crean la Jurisdicción

Indígena sino que asumen de manera oficial su preexistencia y que posteriormente es reconocido en la Constitución³⁶. Este reconocimiento abre la posibilidad de su articulación y coordinación democrática entre la Justicia Comunitaria y la Justicia Ordinaria a través de los poderes del Estado, creados para el efecto.

De manera explícita se reconoce a las diferentes autoridades indígenas, junto con las normas y procedimientos, cuyo fuente son las costumbres que han dado lugar al Derecho consuetudinario, también reconoce la estructura de sus instituciones y a los procesos de de constitución y designación de sus autoridades.

a. Jurisdicción.

“La normativa constitucional reconoce a las autoridades y las instituciones indígenas la facultad de administrar justicia con la aplicación de sus propias normas”³⁷.

b. Competencia.

³⁶ Germán Gutiérrez Gantie, Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria. Konrad Andenauer Stiftung. Ecuador. P. 126.

³⁷ Germán Gutiérrez Gantie, Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria. Justicia Comunitaria en Constituciones Latinoamericanas . La jurisdicción. Konrad Andenauer Stiftung. Ecuador. P. 127.

Rige la Jurisdicción indígena o el derecho consuetudinario dentro del espacio territorial del pueblo o la comunidad indígena. Nuestra Constitución hace referencia a la solución de los conflictos dentro de su territorio, reconocido como pueblos y comunidades. “En cuanto a la materia, nuestra constitución tampoco ha establecido límites en cuanto a la gravedad del delito o en cuanto a la cuantía, el único limite que puede establecer en la aplicación del derecho consuetudinario, las mismas no pueden contravenir a la Constitución y el respeto a los derechos fundamentales de las personas³⁸”.

El reconocimiento del derecho consuetudinario o Derechos indígena, tanto en la jurisdicción estatal como en la jurisdicción indígena, ha encontrado acogida en varios estados. Estos reconocen el derecho de las autoridades indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial conforme a sus costumbres y derecho consuetudinario, siempre que este no sea contrario a la Constitución y las leyes y/o Derechos Humanos.

Este reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se ha visto reforzado por la suscripción y

³⁸ Germán Gutierrez Gantier, Justicia ordinaria y Justicia Consuetudinaria. Konrad Adenauer Stiftung, Ecuador, p.127)

ratificación, por parte de los estados, tratados internacionales de derechos humanos y de derechos de los pueblos indígenas.

Y de esta manera en nuestra Constitución, de una forma más precisa, el inciso 1 del Art. 171.- manifiesta: **“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales³⁹”**.

Como se dijo, también en estas reformas se ha dado disminuciones y limitaciones en la aplicabilidad y la jurisdicción indígena, estas limitaciones se refieren al ámbito territorial, y ¿qué sucede cuando un indígena vive en ciudades o por situaciones de la migración los indígenas han salido fuera de su territorio comunal y fuera del Ecuador?.

³⁹ Constitución Política del Estado Ecuatoriano reforma .2008

Son interrogantes a las que se deben dar respuestas desde otros ámbitos de la materia.

No obstante, la crítica no es solo la inclusión de la palabra interculturalidad y de nuevos derechos indígenas y afro, sino, también la interpretación, y la “conceptualización” que ha venido orientando esa inclusión desde la década de los 90, a tal punto que podemos denominar “constitucionalismo multicultural”. Desde esta perspectiva se ha venido pensando e interpretando los derechos indígenas y afros como “derechos étnico”, “derechos especiales” y/o “derechos de inclusión”, en la Constitución del 1998, se ha visto grandes avances por ejemplo en relación a la protección de los derechos fundamentales tales como:

- La ampliación de los derechos Colectivos para los pueblos indígenas que protege, reconoce y garantiza a los pueblos indígenas el respeto al orden público y a sus derechos humanos y colectivos, artículo, 83 y 84 de la constitución del 1998.
- El Artículo 191, de la constitución del 1998. El reconocimiento y la inclusión de la justicia indígena y la jurisdicción indígena, como hago referencia

anteriormente, y actualmente en la nueva constitución 2008 el art. 171.

- El reconocimiento del carácter plurinacional e intercultural del Estado (artículo 1) y el carácter ancestral de los pueblos y territorios (artículo 4 de la constitución 1998)

Con estos reconocimientos hechos a los pueblos indígenas, inicialmente en la constitución de 1998, y luego con más amplitud en la constitución del 2008, se ha iniciado la “reconstitución” de los pueblos y nacionalidades indígenas, uno de ellos es la Administración de Justicia y su reconocimiento de una Autoridad Propia al Interior de las Comunidades. A esto se deben sumar el reconocimiento de los tratados y convenios internacionales, particularmente el convenio 169 de la OIT, que fue el primero en reconocer, los derechos colectivos de los pueblos indígenas y la Constitución Política del Ecuador que manifiesta **“el reconocimiento y la aplicación de los derechos colectivos deben garantizarse siempre que no se violen los Derechos Humanos individuales”**.

En consecuencia para los pueblos indígenas, el reconocimiento al derecho indígena en el marco

constitucional de un estado, constituye parte fundamental del reforzamiento de su identidad cultural, como característica principal de un pueblo. Al respecto Stavenhagen dice: **“Cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional, ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aún cuando conserve otras características no menos importantes para su identidad⁴⁰”**.

En muchos casos al derecho indígena se ha dado el carácter de alternativo, por lo tanto, muchas de las normas han quedado como normas morales, valores éticos, principios que se van siendo costumbre reiterada en las comunidades indígenas. Pero, para el movimiento indígena estas normas tiene un valor histórico, por el hecho de estar enraizada o arraigada a su cultura e identidad histórica y ancestral y en esa calidad le corresponde administrar justicia al interior de las comunidades desde sus propias concepciones.

La clasificación tradicional de las ciencias jurídicas dice, que el derecho positivo es el que está escrito en los códigos para interpretar y suplir las deficiencias del derecho natural. En contraposición, el derecho indígena al no estar escrito ni

⁴⁰ Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Ecuador. Aplicabilidad Alcances y Limitaciones. Lourdes Tibán Guala. INDESIC. QUITO. 2001. P. 86.

codificado, para los pueblos y comunidades tiene validez y vigencia plena. Por lo tanto, en el derecho indígena se integran normas, principios y valores que regulan la convivencia armónica de los pueblos y nacionalidades indígenas en cada uno de sus territorios; éstas, además constituyen una realidad tangible, válida, vigente, aplicable y obligatoria para todos los tiempos mientras existen comunidades y pueblos indígenas.

De acuerdo a Gina Chávez V. (2003). **“Los derechos colectivos de los pueblos indígenas para enfrentar el estado de exclusión y discriminación, en que se han encontrado durante la historia, no es suficiente el reconocimiento internacional de estos derechos humanos universales, ni la mera igualdad ante la ley; sino se requiere el establecimiento de derechos de pueblos y colectividades.**

Los derechos colectivos o derechos de los pueblos nace a favor de una pluralidad de personas. Se caracterizan porque frente a su violación, todos son titulares de derechos, no como individuos aislados sino como miembros de una colectividad y sus beneficios son indivisibles entre todo colectivo demandante.

Las comunidades y pueblos no son simple organizaciones, representan una realidad histórica y dinámica, caracterizados por elementos objetivos y subjetivos que no se reduce simplemente a un ámbito de asociación. Se nace indígena y se pertenece a una cultura. Esto conlleva, a que la comunidad, como sujeto, puede ser titular de derechos humanos.

De acuerdo a las directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la vigencia de los Derechos Humanos no implica que dichas normas deben ser aplicadas en todos los casos de manera uniforme, lo que supone que debe atenderse a los distintos contextos culturales y socioeconómico en que están inmersos, colocando a los Estados como los principales responsables de la manera en que se aplican los derechos humanos en su territorio⁴¹”.

Esto significa que a la hora de aplicar estos derechos deberá el Estado determinar la especificación que la condición social o cultural requiera. Esta especificación tiene que ver con la identificación de la población en general Indígenas y en especial mujeres, niños, etc. al mismo

⁴¹ Recogido por Rosember Ariza Santamaría. Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria: Los Pueblos y Comunidades Indígenas a nivel internacional como sujetos de Derechos (Fundamentales) Colectivos. Konrad Adenauer Stiftung. Quito.pp19.

tiempo permite y obliga a las diferentes Constituciones latinoamericanas, reconocer derechos especiales y específicos.

Es así, que las garantías fundamentales y la aplicabilidad de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, dependen no solo de las acciones que implementan o ejecutan los pueblos indígenas, sino de cómo el Estado reconoce su institucionalidad.

Dentro de este bagaje de derechos colectivos enunciados a lo largo de este trabajo, ni la Constitución Política, ni los convenios internacionales sobre protección de los derechos fundamentales establecen un capítulo específico de protección a la mujer y peor aun a la mujer indígena, en muchos casos se sobreentiende que la mujer indígena esta incluido en un conjunto de la población, en un grupo de personas; aunque en varios artículos de las leyes aprobadas en la constitución establecen los derechos, garantías y obligaciones de las mujeres. Esta situación ha hecho que en este estudio he iniciado analizando desde los principales derechos colectivos y Derechos Humanos, que permiten esclarecer y analizar a la mujer como sujetos y actores de la justicia ya sea como autoridad o como víctimas de maltrato.

Así mismo, el reconocimiento del derecho indígena requiere de medidas que permitan un cambio de actitudes de los gobiernos, autoridades de justicia y de la misma población en general en el respeto de las autoridades indígenas, la despenalización de las prácticas culturales consuetudinarias, prácticas jurídicas indígenas y el respeto de actos y decisiones indígenas.

En muchos casos en las comunidades indígenas del Ecuador en sus estatutos aprobados legalmente de acuerdo a la Ley de Comunas establecen o reconocen en ciertos casos la Competencia y Jurisdicción de la Justicia ordinaria y justicia indígena o comunitaria y ayudan a la investigación y seguimiento de los mismos. Incluso, la segunda de ellos o sea la Justicia comunitaria tiene la facultad de “**coordinar**” con las autoridades judiciales del Estado.

En el Artículo 171 de la actual constitución política del estado inciso 2 establece: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley

establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”⁴².

Para los pueblos y comunidades indígenas, la “coordinación” y “cooperación” que se dice en la Constitución Política, es entendida y funciona con otra lógica aunque esta aparezca contraria a las leyes y procedimientos legales, partiendo de una forma de pensar interrelacionada entre hombre – naturaleza - sociedad, considerada indivisibles y que forman parte de un todo. Para entender esta diferencia, hay que considerar que en la justicia indígena no existe la división o clasificación por materias en el tratamiento de los conflictos, por lo que la autoridad competente⁴³, con este procedimiento establecido y pre establecido, resuelve todo tipo de conflicto que se produzcan al interior de las comunidades. No obstante en este análisis, no se trata de resaltar la supremacía de uno u otro ordenamiento jurídico, o normas consuetudinarias, sino que son distintos y que pueden convivir en armonía en una sociedad incluyente como en el Estado Ecuatoriano declarado como intercultural y plurinacional.

⁴² Constitución Política del Ecuador 2008

⁴³ Autoridad comunitaria encargada de resolver conflictos, en algunos casos esta función esta dado al Presidente de Cabildo o algún delegado con alta confiabilidad entre los comuneros.

En consecuencia la Jurisdicción y la Competencia, en la aplicabilidad de los Derechos contra la violencia a la Mujer y la Familia en las mujeres y familias indígenas tiene la misma aplicabilidad del artículo 171 de la constitución, con sus mismos procedimientos, normas, y principios consuetudinarias; la aplicabilidad de la Ley 103 en comunidades indígenas ha quedado relegada a un segundo plano, solo a falta de autoridad comunitaria la mujer recurre a la autoridades estatales de acuerdo a lo que establece la Ley.

3. Coordinación entre la Justicia Ordinaria y Justicia Comunitaria.

En la resolución de conflictos internos cuando se trata de violencia contra la mujer y la familia en las comunidades o familias indígenas, hay que definir dos aspectos fundamentales de coordinación:

a.- Justicia Ordinaria para este estudio lo relacionamos la Ley 103 contra la Violencia a Mujer y la Familia, y;

b.- Justicia Indígena” que son normas consuetudinaria de los pueblos y nacionalidades indígenas.

Hasta ahora, en los conflictos de las comunidades indígenas, se ha aplicado simultáneamente las dos formas de administrar justicia; en primera instancia se ha recurrido a la solución de conflicto al interior de las comunidades y en caso de reiterar o la gravedad del conflicto se lo remite a la justicia ordinaria, y no solo en el caso de maltrato sino en todo tipo de conflicto. No obstante, en muchos casos resueltos tiene el carácter de cosa juzgada y la asamblea comunitaria es la encargada de hacer ejecutar lo actuado a través la autoridad Comunitaria.

El objetivo de la coordinación entre la Justicia Ordinaria y Justicia Indígena es mejorar el acceso a los servicios de justicia básica en las comunidades indígenas, reconociendo la diversidad étnica en la aplicación de los sistemas de cada pueblo.

Uno de los problemas que surge al momento de aplicar la justicia comunitaria o indígena en un conflicto que esta en conocimiento de la Autoridad Comunitaria y la Autoridad Estatal (Juez o Fiscalía) es el “**conflicto de competencias**”. Cuando la persona imputada en el delito, es juzgado por las dos autoridades al mismo tiempo y mientras este conflicto de competencia no es resuelto al momento de

ejercer justicia surge la necesidad de la **coordinación** entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.

Para entender mejor la coordinación de la justicia ordinaria y justicia Indígena, analizaremos dos aspectos que son fundamentales para la entender la aplicación del derecho indígena.

El pluralismo jurídico, que es la nueva tendencia de entender al derecho en su conjunto y multidisciplinario en el tratamiento de los conflictos; y la **relación de la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria**.

3.1. El Pluralismo jurídico.

“Es entendido como la interacción de diversos sistemas jurídicos en un mismo campo social⁴⁴” esta definición es criticada por la visión centralista del derecho que admite un solo sistema jurídico dentro de un determinado Estado, por tanto Estado y Derecho son una misma identidad y es denominada Monismo Jurídico.

⁴⁴ Germán Gutiérrez Gantier. Justicia ordinaria y Justicia Consuetudinaria.- Complementariedad entre la Justicia Ordinaria y Justicia consuetudinaria. Sistematización en el marco de la Asamblea Constituyente en Bolivia. Konrad Aderbauer Stiftung. Ecuador. P.123.

Bajo estos preceptos para entender esta confrontación del llamado Estado unitario vs. Estado plurinacional, vamos analizar y entender lo que es el pluralismo jurídico: **“El Pluralismo jurídico constituye uno de los conceptos centrales tanto de la antropología como de la sociología jurídica, y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social, lo cual cuestiona la visión etnocéntrica del derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único”**.

De allí que, uno de los mayores impedimentos para la implementación de un verdadero Pluralismo jurídico es, no concebir al Derecho como una materia interdisciplinaria, que debe auxiliarse de otras ramas, así como de otros instrumentos como los tratados y convenios internacionales.

Lo cierto es que la ciencia jurídica requiere del auxilio de otras disciplinas para lograr implementar una efectiva administración de justicia, realidad que se torna aun más imprescindible cuando se trata de la determinación de derechos de una determinada etnia o de un determinado colectivo; **“es por ello que resulta imprescindible para el juzgador contar con elementos de valor como el peritaje antropológico en la resolución de conflictos en donde se**

llegue a determinar a ciencia cierta si se debe aplicar la jurisdicción indígena o la ordinaria”. “Analizar críticamente lo que se ha denominado en el Código Orgánico de la Función Judicial “Justicia Intercultural”, y las normas que relacionan con ello, es el elemento fundamental del ensayo de Fernando García. Es autor centra sus atención sobre una visión antropológica del derecho y sobre la base de esta apreciación, construye la realización de la interculturalidad como un imperativo constitucional que debe atravesar la institucionalidad estatal transversal”⁴⁵

La pluriculturalidad o diversidad cultural no es otra cosa que el reconocimiento jurídico expreso que dentro de un Estado conviven distintos pueblos y que, a partir de ese reconocimiento, el Estado está obligado a contar con la participación de dichos pueblos.

“El reconocimiento de la sociedad moderna como un mundo plural en donde no existe un perfil de pensamiento sino una confluencia de fragmentos socio culturales, que se aleja de la concepción unitaria de “naturaleza humana”, ha dado lugar en occidente a la

⁴⁵ Transformación de la Justicia Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ensayo Fernando García. Prologo. Primera edición 2009. P xv.

consagración del principio constitucional del respeto a la diversidad cultural”. Los Estados entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. Este cambio de visión política ha tenido repercusiones en la concepción única del derecho de los estados.

En la administración de justicia indígena, también esta garantizado el **“debido proceso”** que es otro mecanismos de coordinación y constituyendo una de las garantías fundamentales de la Constitución. Así en la actual constitución en el Artículo 171 en su primer inciso establece: **“...Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales⁴⁶”**.

Esta garantía del debido proceso que señala la constitución en relación a la administración de justicia indígena, debe ser

⁴⁶ Constitución Política del Estado. Artículo 17. Ecuador 2008.

asumida en el marco de procedimientos y normativas propio de los pueblos indígenas. Así cuando se trata de juzgamiento de un comunero indígena ante un juzgado común o justicia ordinaria como se lo llama, de hecho se deberá exigir la garantía del debido proceso que esta establecida en la constitución y demás leyes. Pero, además puede darse el caso de que el comunero reclame el ser juzgado por sus autoridades al sentir que su debido proceso estará mas garantizado con la administración de justicia Indígena.

Para resolver este conflictos de competencia es necesaria una ley secundaria que regule esta situación y a pesar de no existir una ley expresa sobre compatibilidad o coordinación de competencia, la autoridad indígena puede requerir la competencia para juzgar al interior de la comunidad a su comunero.

3.2. Relación de jurisdicción Indígena con la jurisdicción ordinaria.

En los conflictos de de jurisdicción que puede darse entre justicia indígena y justicia ordinaria, el Código Orgánico de la función Judicial artículo 344. Incorpora varias normas de

interpretación para establecer el ámbito de cada uno de ellas de acuerdo a la constitución, entre ellas:

- a. El de diversidad, significa que servidoras y servidores, de la función judicial tienen la obligación de considerar el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, “también se debería incorporar el término nacionalidad tal como señala la constitución en los artículos 56 y 57.
- b. El de Igualdad, significa que autoridades antes mencionadas deberán tomar medidas necesarias que sean del caso par garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias de lo decidido en el proceso en que intervienen personas o colectividades indígenas, esto es, en la interpretación procesal la participación de traductores de lenguas indígenas, especialistas en Derecho Indígena y otros elementos necesarios para proporcionar a los jueces para la aplicación de sanciones basada en principio de igualdad⁴⁷.

⁴⁷ Santiago Andrade Ubidia. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Relaciones de la Justicia Indígena con la Justicia ordinaria: Principio de Diversidad, principio de Igualdad. Quito. 2008. pp.42,43

- c. El principio de Interpretación intercultural, en las actuaciones judiciales en que intervengan personas o colectividades indígenas deberán considerar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio. “Trata de plantear la comprensión del delito por parte de la justicia ordinaria desde la cosmovisión indígena Según Tiban e Ilaquche (2008) **“el delito debe ser observado y analizado desde la cosmovisión indígena, mas no juzgar un hecho desde la óptica del derecho positivo⁴⁸”**.
- d. De acuerdo a Fernando García Serrano, incluye otro principio de projurisdicción indígena, está relacionada con el principio de protección constitucional, artículo 76, numeral 5, que menciona: **“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones,**

⁴⁸ Tomado y comentado por Fernando García. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La Interculturalidad en el Código Orgánico de la Función Judicial. Relaciones de la Justicia Indígena y Justicia Ordinaria. Quito 2008. P 49.

se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora⁴⁹”.

- e. El precepto “***projurisdicción indígena*** señala, en caso de duda entre la jurisdicción ordinaria indígena, prevalecerá esta última.⁵⁰” La aplicación se refuerza con otro derecho de protección previsto también en la constitución artículo 76, numeral 7, literal i, que dice **“Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”**.

También este artículo tiene concordancia con los Art. 8, 9 y 10 del Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

- f. Otro de los principios del **non bis in idem**, refiere a que no se juzgue nuevamente sobre lo decidido por la comunidad o la autoridad indígena. Al respecto, El doctor Carlos Poveda Moreno desde el ejercicio de la judicatura comenta respecto a la implementación de mecanismos judiciales para solucionar controversias

⁴⁹ Constitución Política del Estado Ecuatoriano. 2008.

⁵⁰ Santiago Andrade Ubidia. La transformación de la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Principios fundamentales de la justicia Intercultural, , principio non bis in idem y el principio de Interpretación Interculturalidad. de Quito 2009. Pp.42,42).i

indígenas, controversias que se da por la falta de definición y el respeto a las decisiones de las autoridades Indígenas esto es conflicto de Jurisdicción y competencia y el dice: **“En mi actividad como ex juez penal implementamos el principio de agotamiento de soluciones internas en un conflicto indígena, que se había judicializado a través de acciones penales privadas. El mecanismo utilizado para hacerlo efectivo fue el de las audiencias de conciliación, donde previamente se acordaba cumplir las resoluciones comunitarias emitidas por los cabildos para llegar a una transacción. De este modo se respetaba la jurisdicción indígena y se ponía fin a la disputa presentada ante la justicia ordinaria⁵¹”**

En el Juzgamiento, puede que inicie paralelamente dos procesos en el juzgamiento de una misma causa, ante la justicia ordinaria y justicia Indígena. “La autoridad podrá reclamar expresamente su jurisdicción en el proceso iniciado en la justicia ordinaria, demostrando sumariamente la pertinencia de tal invocación”.

⁵¹ Ministerio de Justicia Dr. Carlos Poveda. Derecho Ancestral Justicia en Contexto Plurinacional. Quito Ecuador 2008. p.473

En el Ecuador estamos frente a un desafío de intentar compatibilizar o coordinar a un mismo nivel de dos sistemas judiciales. No se trata de un justicia indígena que solo debe ser incorporada dentro de la lógica de una administración de justicia a nivel nacional. Esta relación es todavía asimétrica aún, hasta el punto que se está considerando que la jurisdicción indígena se debe describirse como una jurisdicción especializada. En este país con presencia elevada de población indígena el reconocimiento de derechos colectivos y específicos de los pueblos indígenas significa que las normas jurídicas definan a grupos sociales en general como titulares de derechos colectivos específicos.

4. El Rol de la Mujer Indígena en Ecuador como sujeto de Derechos en su relación con la Justicia Comunitaria.

La Constitución ecuatoriana del 2008 introduce ciertos cambios en materia de justicia indígena respecto a la Constitución de 1998. Los cambios más importantes tienen que ver con la participación de las mujeres en los sistemas jurisdiccionales indígenas.

Con frecuencia la violencia y la opresión contra las mujeres se ha venido interpretado desde dos dimensiones: la una, que la violencia es adoptada del sistema occidental o capitalista; y la otra, tiene raíces internas a su propia tradición, estas dos dimensiones ha influenciado e interpuesto en las relaciones armoniosas tradicionales propias de las mujeres. Por ello, la mujer no ha venido participando de manera igualitaria, tanto en la estructura de la administración de justicia a nivel nacional, como en la estructura del sistema indígena, con sus autoridades, sus principios, normas, procedimientos, sanciones o sus modos de soluciones de conflictos.

El resultados de un pluralismo jurídico que ya he mencionado y explicado anteriormente, provoca que el poder Judicial asuma roles que podrían ser resueltos, dentro de la propia comunidad cuando se trata de violencia intra familiar y al mismo tiempo con la aplicación de la ley 103 contra la violencia a la mujer y la familia, muchos de los conflictos y violaciones de los derechos de la familia no queden en la impunidad.

No obstante, allí, donde se pretende establecer derechos de minorías o de etnias, está siempre implícita los derechos fundamentales de las mujeres y niños. ¿Cómo debería

interpretarse la problemática de las mujeres la protección de sus derechos y su autodeterminación como mujeres en el seno de la familia, en la comunidad y en las organizaciones? O por el contrario, sus demandas se están perdiendo el sustento por la falta de definición y contradicciones existentes entre estas dos dimensiones jurídicas la Justicia Indígena y la Justicia Estatal.

La problemática de las mujeres en las comunidades indígenas no debe quedarse circunscrita a la impunidad de derechos, por falta de definiciones en la aplicación de los derechos fundamentales establecidas en la Constitución como en la Ley 103 contra la violencia a la mujer y la familia o, sea la normas y procedimiento propios de la comunidades indígenas. Es así que las garantías constitucionales de Estado de derecho, promueve y asegura la protección de los derechos de las minorías, étnicas, culturales o nacionales, incluyendo implícitamente a la colectividad de mujeres como sujeto de derechos, y estos son extensivas a todos las demás mujeres que no siendo indígenas habitan en un territorio de su jurisdicción.

En tanto que la mujer debe ser sujeto activo en la exigencia del cumplimiento de sus derechos por parte del estado, estas exigencias se resumen en tres aspectos fundamentales:

- El interés particular de las mujeres indígenas representados en los (derechos colectivos) sean representados por el estado.
- Que las mujeres puedan exigir sus derechos y por parte del Estado conceder garantías de protección.
- Que las mujeres individual o colectivamente puedan participar en las resoluciones de conflictos intra familiares como actoras directas y en la toma de decisiones en la organización comunitaria.

4.1. Roles de la mujer en la familia de Saraguro.

De acuerdo a los entrevista hechas en grupos de las mujeres, El primero de los que se hace mención es: el “cuidado del hogar y los hijos”, mayoritariamente; pero, las tareas domesticas es ahora compartida con los varones, cuando la mujer está fuera del hogar, enferma o también cuando la mujer tiene que cumplir con otras obligaciones en espacios públicos o comunitarias. Este primer rol de la mujer identificada, es lo que se ha llevado a un análisis muy profundo, de “cómo la mujer victima del machismo es marginada y relegada a cumplir sus realización personal se

posterga por los sueños del otro(s), la pareja y sus hijos⁵²”. Para lograr sus metas fuera del hogar, la mujer tiene que superar varias circunstancias y barreras que están detrás de estos roles, la mujer es discriminada, es invisible ante la comunidad y la sociedad para exigir sus derechos, y aún más detrás de esto se esconde el más grave atropello, la “**violencia psicológica**”, cubierta por distintos roles, unas por generación heredados y otra que ha sido asumidas de las sociedades colonizadoras y capitalista extrañas a las vivencias de las comunidades indígenas.

Esta problemática con respecto al tema de los roles ha permitido llegar a un punto de equilibrio, que es de “conjugar la participación de la mujer en espacios públicos y las responsabilidades del hogar⁵³”. Estas circunstancias tienen que ver con la libertad de las mujeres para decidir sobre su conducta y sus derechos.

⁵²Rocío Franco Valdivia y María Alejandra González Luna. Investigada en comunidades de Saraguro recopilación CIDES Ecuador 2009 Justicia comunitaria en los Andes Perú Ecuador. Volumen 3. Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: víctimas, sujetos y actores. Roles de la Mujer pp.82,ss)

⁵³ Continuidad del Texto Roles de la mujer. p.89

4.2. Rol de la Mujer al Interior de la Comunidad o la Organización.

En comunidades indígenas Saraguros constituyen organizaciones con normas de funcionamiento establecidos por la legislación Ecuatoriana, estas organizaciones en Saraguro se denominan Comunidades y su vez consideradas como organización de Primer nivel; unas legalizadas a través de la Ley de comunas adscrita al Ministerio de Agricultura y Ganadería y otras legalizadas en estos últimos tiempos por el Consejo de Nacionalidades y Pueblo del Ecuador CODENPE. En cuanto a su estructura, se han creado otras organizaciones de Segundo nivel que es un conjunto de comunidades, cada una de ellas con sus estatutos, normas y reglamentos, adscritas a las organizaciones Nacionales CONAIE Y FENOCIN, los que tratan de promover el desarrollo de las comunidades.

En este sentido, los indígenas se ubican en un espacio territorial definido, reconocido por el estado, para administrar dicho espacio. La mayoría de las mujeres se consideran a sí mismas como comuneras y este estatus está amparado en los estatutos de cada comunidad. Sin embargo no todas las comuneras tienen ese estatus de comuneros, este varía de acuerdo a ciertas circunstancias que son distintas en todas

las comunidades: “entre ellas el género constituye un criterio importante de inclusión o exclusión de las asambleas - máxima instancia de decisión comunal - y es el criterio que mas ha variado en los últimos años⁵⁴”

En algunos casos el sólo hecho del nacimiento de un hijo para la comunidad constituye una responsabilidad aunque la madre no sea casada, adquiere el estatus de familia nuclear y por ende cada miembro de familia es un comunero mas. Entonces, el matrimonio constituye un núcleo o una unidad familiar, el esposo conlleva el reconocimiento de representante y jefe de familia y es la persona encargada de representarla. Es sujeto de derechos y obligaciones comunitarias por Ejemplo tiene derecho a voz y voto y a ser elegido como autoridad de la comunidad.

Desde esta perspectiva, en cuanto a las mujeres viudas y madres solteras, también son consideradas como jefas de familia y pueden adquirir responsabilidades como también a ejercer derechos y obligaciones para con la comunidad. En la actualidad, esta condición de familia ha tenido cambios debido a los últimos fenómenos sociales que experimenta la

⁵⁴ Rocío Franco Valdivia y María Alejandra González Luna. Investigada en comunidades de Saraguro recopilación CIDES Ecuador 2009 Justicia comunitaria en los Andes Perú Ecuador. Volumen 3. Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: victimas, sujetos y actores. Roles de la Mujer, La mujer al interior de la Organización.pp.82,ss)

sociedad como es la migración, en donde en muchos casos es la mujer o el hijo mayor quien se convierte en jefe de familia, es decir miembros plenos de la asamblea, con voz y voto.

Por qué la importancia de la mujer el interior de sus comunidades?. Ellas mismas han dicho que “valoramos a la comunidad como una colectividad que les provee de soporte a sus miembros y los protege en los diversos situaciones de adversidad⁵⁵” y lo mas principal nos protege de los maltratos violencia que sufre la mujer no solo al interior de la familia sino también de todos lo que afecte a la integridad de la misma, el derecho a la tierra, los servicios básicos que proporciona el Estado, la salud, la educación, la justicia y otros. Continúan la misma investigación detallando. “Que a pesar del avance, en varias comunidades continua siendo que la mujer sea reconocida como comunera sólo si es jefe de familia (viuda o Madre soltera), los varones destacan las facilidades o beneficios que tienen estas mujeres por consideración a su situación.

“Muere el jefe de familia, en este caso si es el padre, asume automáticamente la mujer, pero la viuda queda exonerada de todas las faenas, pero es su obligación asistir a todas las

⁵⁵ Continuidad de Texto. p 90

asambleas necesariamente y a algunas otras actividades, de acuerdo a su alcance, ya no es obligatorio⁵⁶,”

4.3. El rol de la Mujer al interior de la Justicia.

Una vez analizado el rol de la mujer en distintos espacios, tanto en la familia como en la comunidad, un espacio poco comentado explorado sobre el rol de la mujer es, el espacio de resolución de conflictos y protección de sus derechos, es decir, el rol de las propias mujeres en la resolución de sus propios conflictos al interior de la comunidad u organización. “Las mujeres tienen una participación directa en la solución de conflictos, pero el tipo y grado de participación varia no solo en función de la comunidad sino también al tipo de conflicto”⁵⁷.

Generalmente las mujeres indígenas, comuneras o jefes de familia tienen la responsabilidad directa en la solución de los conflictos familiares, que son problemas de violencia familiar domestica. Cuando los conflictos o de violencia son graves o en caso de reincidencia, la mujer busca niveles de coordinación con otras mujeres o grupos de mujeres o

⁵⁶ Rocío Franco Valdivia y María Alejandra González Luna. Investigada en comunidades de Saraguro recopilación CIDES Ecuador 2009 Justicia comunitaria en los Andes Perú Ecuador. Volumen 3. Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: victimas, sujetos y actores. Roles de la Mujer, La mujer al interior de la Organización.p.90)

⁵⁷ Continuidad del Texto. Rol de la Mujer, La mujer al Interior de la Justicia. P 93.

también, con la autoridad comunitaria y/o con las autoridades estatales. En este caso, la decisión de la solución del conflicto no recae solo en la mujer sino es compartida con la autoridad comunitaria o estatal.

5. Protección de los derechos de la mujer en las Comunidades y Organizaciones de Saraguro

En esta parte vamos a hacer mención de cómo las organizaciones y las comunidades protegen a las mujeres, cuando se comenten faltas o delitos, generalmente las mujeres son víctimas. En estas organizaciones hay pocos estatutos que rechacen la violencia familiar, tanto en la organización de primer nivel como en la organización de segundo nivel, ya sea directa o indirectamente, porque se considera que la violencia familiar es un problema que corresponde únicamente al ámbito familiar pero con repercusiones a nivel comunitario o social.

En los estatutos de primer nivel o de las comunidades "...hace diferencia entre varón y mujer, por lo que en varias organizaciones no siempre está presente el voto de las mujeres o de la mayoría de ellas en las decisiones que se

toman sobre estos temas⁵⁸”. Sin embargo se denota la total desvalorización de la mujer en el seno de la asamblea ya que en la práctica son las mujeres que mayoritariamente acuden a asambleas comunitarias, el problema es que sus opiniones y propuestas de las mujeres no son escuchadas ni respetadas. En este primer nivel, los comuneros muestran preocupación por crear incentivar o mantener la equidad de género. Y en otros estatutos no promueve la participación de la mujer. Si no que rechaza el machismo, “la mayoría de los comuneros entienden el machismo como la imposición del hombre ante la mujer para otro es sinónimo de violencia hacia la mujer causada por el alcohol. En estos estatutos de primer nivel sólo un 10% rechaza la violencia familiar de manera explícita y se establece un procedimiento para juzgarlo y para que su conducta sea merecedora de sanción, el agresor deberá estar ebrio y los violentados deberán ser la familia, el hogar, la esposa o los hijos⁵⁹” Finalmente podemos decir, que si bien estas organizaciones no sancionan la violencia familiar en sus estatutos, si asumen competencias en esta materia, con sanciones diferentes a las establecidas en la Ley contra la violencia a la mujer y la familia.

⁵⁸ Rocío Franco Valdivia y María Alejandra González Luna. Investigada en comunidades de Saraguro recopilación CIDES Ecuador 2004. Justicia comunitaria en los Andes Perú Ecuador. Volumen 3. Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: víctimas, sujetos y actores. Roles de la Mujer, La mujer al interior de la Justicia .pp.113, 114)

⁵⁹ Continuación del texto: Roles de la Mujer. Mujer al Interior de la Justicia p.116 y s

En cuanto a los estatutos de segundo nivel hay que notar que cada organización de base tiene un representado y depende de cada una de ellas la participación o no de la mujer y a “diferencia del estatuto de primer nivel que la sanciona al agresor, esta organización de segundo nivel se dedica a promover campañas de sensibilización contra la violencia” ,⁶⁰ con la ayuda de organizaciones no gubernamentales o de instituciones que trabajan el tema, y una de las acciones principales que desarrollan es exigir y en muchos casos obligan a sus miembros a respetar los Derechos Humanos.

De acuerdo a las actas de las asambleas comunitarias y los estatutos de las organizaciones comunitarias y de las organizaciones de mujeres que es otro tipo de organización, esta tiene grandes posibilidades de participar en las decisiones más importantes y de protección de derechos fundamentales. Sin embargo, investigaciones hechas, en 5 comunidades de Saraguro, en ninguna organización comunitaria regulan derechos de maternidad, ni de protección de los derecho de los niños y adolescentes, de abandono de las mujeres de tercera edad etc. **“A si mismo**

⁶⁰ Rocío Franco Valdivia y María Alejandra González Luna. Investigada en comunidades de Saraguro recopilación CIDES Ecuador 2004. Justicia comunitaria en los Andes Perú Ecuador. Volumen 3. Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: víctimas, sujetos y actores. Roles de la Mujer, La mujer al interior de la comunidad u organización .p116 al 124.

ninguna de las organizaciones, manifiestan sobre que hacer cuando presentan casos como violencia familiar o abuso sexual entre otros. Incluso, la organización de mujeres no promueve ningún tipo de campaña de sensibilización ni de educación sobre estos temas.

Pero, tampoco se ha encontrado estatutos o reglamentos que rechacen explícitamente las conductas mencionadas, sin embargo se encontró las faltas merecedoras de sanción son los delitos contra la dignidad o de la vida, los actos de agresión y demás señalan que defienden los derechos de las mujeres⁶¹”.

En todo lo mencionado anteriormente, no se descarta la posibilidad que en otras comunidades indígenas que no se ha hecho la encuesta y el análisis de actas, no haya violencia intra familiar, si no mas bien se ha determinado por otra investigaciones que en comunidades indígenas mas apartadas de la cabecera cantonal, las mujeres son olvidadas de toda protección de sus derechos son invisibilizadas o cubiertos directamente por el hecho de que un hombre y una mujer ha contraído matrimonio, ya que la mujer en el transcurso de los tiempos ha asumido ese rol de esposa

⁶¹ Rocío Franco Valdivia y María Alejandra González Luna. Investigada en comunidades de Saraguro recopilación CIDES Ecuador 2004. Justicia comunitaria en los Andes Perú Ecuador. Volumen 3. Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: victimas, sujetos y actores. Roles de la Mujer, La mujer al interior de la comunidad u organización .p135y 136..

incluyendo el maltrato y la sumisión hacia el esposo. Así mismo no descarta el maltrato a los niños, no solo por parte del esposo hacia los hijos, si no, mas bien la mujer o madre de los menores, es entonces, la mujer considerada también como sujeto activo de maltrato, que deriva del efecto de ser maltratada.

Otro de los casos que se ha investigado en comunidades de Saraguro es que en algunas de las comunidades el dirigente o la dirigente, se ha preocupado de regular, reformar o crear normas de protección de la familia, y a los menores de edad; digo familia, por que es el núcleo o grupo familiar, la que conforman una comunidad, estas normas de protección ha sido impulsadas por ciertos maestros de escuelas Interculturales Bilingües conjuntamente con los dirigente que son encargadas de hacer investigaciones de las violaciones de los derechos de la familia al interior de la comunidad.

“Revisados algunas actas de las comunidades podemos deducir que en ningún acta o estatutos manifiestan explícitamente, que sancionen o rechacen la violencia familiar”⁶².

⁶² Jaime Vintimilla Saldaña; Milena Almeida Mariño, Remigia Saldaña Abad. Investigada en comunidades de Saraguro recopilación CIDES Ecuador 2004. Justicia comunitaria en los Andes Perú Derecho Indígena,

El Reconocimiento de la justicia indígena, como ya he mencionado anteriormente, en comunidades indígenas no es una forma de liberar al Estado de su responsabilidad de protección de los derechos sino, una adaptación cultural que permita un acceso a la justicia efectiva y equitativa. En Ecuador la protección contra la violencia familiar desde la perspectiva de la justicia ordinaria, las mujeres han tenido dificultades para hacer oír su voz, pero se ha ido encontrado esos espacios que son sus propias comunidades. Las mujeres resaltan las ventajas de ser atendidas por la justicia comunitaria, muchas de ellas dicen que son instancias “culturalmente mas próximas”, brindan las “facilidades para hacer sus denuncias en la lengua materna” en muchos casos, y lo más fundamental que se manifiestan es de “fácil acceso físico”. Además manifiesto que las comunidades son muy distantes y no es accesible de las autoridades estatales. Por otro lado, es posible que la violencia se perpetúe en comunidades indígenas, donde los roles tradicionales están profundamente arraigadas por estereotipos de carácter religiosa y cultural que enmarcan distintos formas de ver a la violencia o simplemente por no poder visualizar dichos actos de violencia.

6. Justicia Comunitaria en caso de Violencia contra la Mujer y la Familia en Saraguro.

Hemos señalado, anteriormente, en muchas actas y estatutos de las comunidades indígenas existe un vacío en cuanto al señalar los derechos y obligaciones, por una parte, y por otro lado, también existe un vacío en señalar ciertos procedimientos o normas de aplicación de la justicia en las comunidades.

Como también ya he mencionado que el reconocimiento de la Jurisdicción indígena, no es una forma de liberar al estado de su responsabilidad en la tutela de derechos, sino que esta incorporación sea un acceso a la justicia efectiva y culturalmente adaptados.

En el Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 343 al 346 está dedicado a las relaciones entre las dos justicias. El artículo 343 se refiere al ámbito de la Justicia indígena en los mismos términos que utiliza el artículo 171 de la constitución, que añade “ **No se podrá alegar derechos propio o consuetudinario para justificar o dejar de**

sancionar la violación de derechos de las mujeres⁶³". Este es el principio de la justicia intercultural el de **diversidad**, señala que servidoras y servidores de la función judicial y demás funcionarios tienen la obligación de considerar el derechos propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas.

También se dice que las mujeres tienen dificultades para hacer oír su voz, pero se las ingenian para hacerlo y han ido ganando espacios de reconocimiento al interior de las comunidades.

Según las constituciones de Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, países donde están asentadas poblaciones de mujeres indígenas o campesinas, las autoridades comunales tienen la facultad de administrar justicia siempre que las sanciones no vulneren derechos fundamentales de la persona. Sin embargo, como lo señalan Wilfrido Ardito y Javier La Rosa en su **"Estudio sobre la legislación contra la violencia familiar en la región andina"**, solo en la constitución de Colombia y Bolivia han desarrollado este punto de manera específica.

⁶³ Fernando García Serrano. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La interculturalidad en el Código Orgánico de la Función Judicial. Relaciones de la Justicia Indígena con la Justicia Ordinaria. Quito Ecuador 2008.p.492

6.1. Ámbito, actores y procedimientos de la Justicia Comunitaria en caso de Violencia intra familiar.

Hay tres ámbitos o espacios de solución de los conflictos familiares de acuerdo a la investigación hecha en comunidades indígenas de Saraguro, estos son:

- a. **Ámbito familiar:** Las personas que intervienen en la solución de los conflictos son los miembros de familia nuclear o extensa.
- b. **Ámbito comunal:** Los actores son Autoridades de la Comunidad.
- c. **Ámbito Estatal:** Son autoridades estatales⁶⁴. Que para el análisis de este ámbito es la Ley 103 en su orden de acuerdo al Artículo 8 de la Jurisdicción y competencia.

6.1.1. El ámbito familiar.- cada uno de esto tiene actores, procedimientos e instancias propias. Los actores que intervienen en conflictos familiares sobre todo de pareja, los padres, o los hijos, los que interviene en este conflicto son los Padres, en segundo lugar son los padrinos, tíos y otros.

⁶⁴ Compiladores Hans-Jurgen Brandt y Rocío Franco Valdivia Investigada en comunidades de Saraguro recopilación CIDES Ecuador 2004. Justicia comunitaria en los Andes Perú Ecuador. Volumen 2. Normas, valores y procedimientos en la Justicia Comunitaria Quito: Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú. Instituto de Defensa Legal: IDL. Lima 2007. P.100 ss.

6.1.2. El ámbito comunal.- La base fundamental y legal es la Constitución Política del Estado en el artículo 171, inciso 1ro., Reformada en 2008 en su parte pertinente establece: **“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales...”**⁶⁵

En las comunidades, las autoridades encargadas de administrar justicia es la asamblea comunitaria como primera instancia y en otros estatutos de comunidades de primera nivel es el Cabildo o el presidente de este cabildo, la persona encargada de solucionar los conflictos, el cual deberá comprobar que los acusados hayan cometido los hechos. El procedimiento para abordar el caso es en primera instancia dependiendo de la gravedad de conflicto, siendo la Asamblea Comunitaria la

⁶⁵ Constitución Política del Estado Ecuatoriana 2008

encargada de resolver los casos mas graves.⁶⁶ En muchos casos cuando se trata de conflictos graves como caso de violación o asesinato generalmente se ha resuelto por la vía judicial o justicia ordinaria.

Las sanciones Art. 26 del estatuto de la una de la comunidades de Saraguro (Ñamarín) Quien infringieren la legislación comunal, el presente reglamento, las resoluciones de las asambleas generales y del cabildo, o no cumplieren a cabalidad sus deberes como comuneros, serán acreedores a las siguientes sanciones, de acuerdo a la gravedad de la falta y al grado de reincidencia: a). amonestación en privado por parte del cabildo; b) amonestación pública, multa, suspensión de derechos u otros mecanismos que la asamblea general decida⁶⁷.

Las partes en conflicto cuando son conflictos leves, solicitan al cabildo su intervención y no requiere la intervención de la asamblea comunitaria, esto son generalmente conflictos de familia, violencia familiar.

⁶⁶ Rocío Franco Valdivia y María Alejandra González Luna. Investigada en comunidades de Saraguro recopilación CIDES Ecuador 2004. Justicia comunitaria en los Andes Perú Ecuador. Volumen 3. Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: victimas, sujetos y actores. Roles de la Mujer, Administración de Justicia en las Organizaciones .p 136.

⁶⁷ Continuidad del Texto. Administración de la Justicia en las Organizaciones p.137.

6.1.3. El ámbito estatal.- Los litigantes buscan resolver el conflicto ante la justicia ordinaria para el caso de la violencia de acuerdo a la Ley 103 artículo 8, o los jueces competentes para cada caso, si los conflictos desbordan el entorno comunal ⁶⁸ en caso de pago de pensiones a esposas e hijo.

Las actitudes de la mujeres frente a la violencia familiar se ha avanzado significativamente las mujeres se ha involucrado mas en el tema y demostraron un mejor reconocimiento y aceptación del maltrato intra familiar frente a los varones (en entrevistas grupales 5 comunidades indígena hacia la violencia familiar).

También existe otra actitud, solo cuando está en juego la vida de la mujer o cualquier miembro de su familia, las mujeres ven la necesidad de plantear algún tipo de denuncias, y esto generalmente lo hacen en primer instancia cuando la familia es joven a sus padres, y sus padrinos de matrimonio eclesiástico, y si esto no sucede lo hacen directamente ante el cabildo de la comunidad o autoridad comunitaria o en otros caso se ha dado con

⁶⁸ Compiladores Hans-Jurgen Brandt y Rocío Franco Valdivia Investigada en comunidades de Saraguro recopilación CIDES Ecuador 2004. Justicia comunitaria en los Andes Perú Ecuador. Volumen 2. Normas, valores y procedimientos en la Justicia Comunitaria Quito: Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú. Instituto de Defensa Legal: IDL. Lima 2007. P.123 ss.

mucha frecuencia que los casos que son de mayor peligrosidad directamente la agredida recurre a la Justicia Estatal.

Otra situación en que la mujer considera a la violencia como un problema es cuando se trata de una situación de permanente de agresión, cuando la agresión es desbordado hacia los espacios públicos, la autoridad comunitaria actúa de oficio en la solución del problema.

De acuerdo a esta misma investigación, “los varones demuestran una actitud más tolerante hacia la violencia familiar y la agresión Sexual, ellos plantean que son causas externas que determinan al agresor una conducta violenta y la dificultad para reconocer sus responsabilidades sobre lo que hace. Es el Otro, o la Otra que tiene la culpa⁶⁹”.

Percepciones de hombres y mujeres Saraguro sobre la intervención de la Justicia Comunitaria de acuerdo a la misma investigación hecha en comunidades indígenas de Saraguro. “Los varones creen que los casos de violencia

⁶⁹ Rocío Franco Valdivia y María Alejandra González Luna. Investigada en comunidades de Saraguro recopilación CIDES Ecuador 2004. Justicia comunitaria en los Andes Perú Ecuador. Volumen 3. Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: víctimas, sujetos y actores. Las comunidades frente al problema de la violencia hacia la mujer .pp. 96,97.

intra familiar debe ser tratada y solucionada en familia y si no lo logran en familia debe ser visto por la autoridad comunitaria” (Justicia Comunitaria de los Andes) víctimas, sujetos y actores y en algunos casos se llegó incluso a plantear que si la familia no lleva la denuncia a la autoridad comunitaria, esta no puede actuar de oficio.

También quiero recalcar que muchos de los casos de violencia de la familia Saraguro está oculto y si esto esta trascendido hacia fuera de la familia o entre familia consanguíneo o político que normalmente hace la mujer, esta es amenazada, condicionada, y en otro casos es chantajeada o en muchos de los casos utilizando regalos para no ser delatado o denunciados. Esto surge normalmente en familias con cierto nivel de profesionalidad, la mujer que por vergüenza no decide denunciar ni a la autoridad comunitaria, tampoco se acoge a la ley 103 contra la violencia a la Mujer y la Familia, quedando en la impunidad estas violaciones.

En algunos casos de reglamentos de las comunas o estatutos en otros casos, establecen, la obligación de la autoridad comunal de velar por la unidad familiar. Esto hace que en comunidades indígenas la violencia intra familiar, es tratada netamente al interior de la

Comunidades y muy poco en la Comisaría Nacional en caso de Saraguro o Teniente Políticos en caso de las Parroquia rurales.

Las mujeres indígenas encuestadas opinan que los casos de agresión familiar deberían llevarse a la Asamblea Comunitaria, debería intervenir las autoridades comunitarias y los agresores deberían recibir una sanción. Desde la perspectiva de las mujeres, la Justicia Ordinaria no actúa con conocimiento de nuestra realidad, por que las autoridades no viven en la comunidades y tampoco puede actuar de oficio, por lo tanto somos discriminadas ante la ley, pero acogiendo algunos procedimientos de la ley 103 para el juzgamiento en caso de agresiones especialmente en el artículos 13, 14 y 15 de la Ley contra la violencia a la Mujer y la Familia, la comunidad a través de la Autoridad Comunitaria aplicando Justicia Comunitaria, a logrado solucionar conflictos de violencia al interior de la comunidad.

Finalmente la violencia familiar nos remitimos forzosamente al campo del respeto y de la tolerancia, de la democracia en un sentido más amplio y cotidiano. Por ello, el solo reconocimiento de la competencia de las autoridades de justicia ordinaria y de las instancias de la

justicia comunitaria en esta materia, no garantiza el trato justo equitativo al problema de la violencia de la mujer y la familia. Es necesario la relación y la coordinación que debe existir entre estas dos instancias, Justicia Comunitaria y Justicia Ordinaria, y los roles bien definidos de cada uno de las partes y además hay que incorporar la participación y la decisión de las propias mujeres indígenas y de aquellas que no lo son.

CONCLUSIONES.

- ✓ El sistema jurídico ecuatoriano fue diseñado para garantizar los derechos fundamentales de las personas: La dimensión del estado ecuatoriano hasta 1997 en que surge la Ley 103 contra la violencia a la Mujer y la Familia, se construyó sobre la base de un estado unitaria, e igualitaria con referencia a género hombre mujer.
- ✓ Los sistemas internacionales, se ha visto obligados a reordenar sus instituciones públicas para enfrentar los retos de la violencia para asegurar mejores condiciones de vida de las mujeres y la participación social, económicas, cultural y política de la misma.
- ✓ Actualmente, en Ecuador, inicia a surgir un proceso de reivindicaciones sociales por parte de las mujeres, que reclaman el respeto a la diversidad socioculturales, la participación pública en las estructuras de poder político del estado, como parte del proceso democratizadora. Eso llevó a que en el año 1997, el Ecuador reconociera y aprobara la Ley 103. Ello generó que el país se genere una serie de normas

especiales para que este grupo relegado de toda participación política y social tenga su lugar en la sociedad y puedan reclamar sus garantías en el ejercicio de sus derechos.

- ✓ La ley contra la mujer y la familia, actualmente ha estado promoviendo medios y estrategias educacionales innovadoras el cambio de las actitudes sociales que fomentan la mayor violencia contra la mujer. La violencia contra la mujer y la familia en sus diferentes manifestaciones afecta a todas las sociedades con sus consecuencias perniciosas para la salud física y emocional de la mujer, la pérdida de autoestima y en muchos casos la muerte de la mujer.
- ✓ Al mismo tiempo diría, que la aplicación y el alcance de la norma es también cuestionada por la poca participación de las mujeres y de las autoridades en la ejecución y aplicación de esta Ley; aplicación que debe ser dentro de ciertos límites, siendo considerada para el efecto el núcleo familiar, este límite alcanza a las personas que sin ser miembros de la familia comparte con la agredida o con el agresor. Los derechos que consagra la ley es irrenunciable, y esta al mismo tiempo

tendrá fuerza de ley y será aplicadas por la autoridad pertinente.

- ✓ La constitución política del estado es la que norma la protección de los derechos de las mujeres en todo su amplitud, existiendo también otras normativas que exige la protección de los derechos de la mujer son: los convenios y tratados internacionales, que los estados contratantes están obligados acogerla y ratificarlos en sus constituciones y leyes internas de cada país.
- ✓ Si la violencia contra las mujeres y la familia en general existe en todos los extractos de la sociedad, y en especial cuando se trata de comunidades indígenas y el estado no está en condiciones de proteger esos derechos y en esta situación, hay una demanda urgente, para resolver los conflictos dentro de los parámetros culturales de la población andina, algo que la justicia estatal no puede satisfacerla. Así en comunidades indígenas, se observa que la violencia intra familiar surge como un problema de alta conflictividad en “Saraguro” se presenta en el ámbito de las relaciones familiares, en las unidades domesticas y relaciones conyugales y esta está dirigida especialmente a la mujer. La justicia indígena o comunitaria, que no hay

una distinción notable en el significado de la palabra para los pueblos y nacionalidades, sigue siendo necesaria en la solución de estos conflictos familiares y comunitarios, y especialmente hasta que hayan desaparecidos barreras lingüísticas, sociales y económicas en el acceso a la justicia ordinaria⁷⁰.

- ✓ El tratamiento de los conflictos comunitarios, en comunidades indígenas no solo se ha visto desde el punto de vista jurídico, sino, desde diversos puntos de vista, así esta lo social, cultural y antropológico. Así “Desde la sociología jurídica, y más específicamente, desde la Sociología de la administración de justicia no se han realizado estudios ni esfuerzos nacionales para entender el fenómeno socio jurídico del aparecimiento de formas comunitarias de manejo de conflictos de la familia, o al menos del uso de la violencia como herramienta desesperada de hacer justicia y devolver el orden negado por el aparato estatal a ciertas comunidades distantes o alejadas de los servicios judiciales básicos”⁷¹

⁷⁰ Compiladores Hans-Jürgen Brandt y Roció Franco Valdivia. Justicia Comunitaria en los Andes Perú Ecuador. Normas, valores y procedimientos en la Justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú. Volumen 2. Lima 2007. P.177

⁷¹ Jaime Vintimilla Saldaña. Medios Alternativos de Manejo de conflictos y Justicia Comunitaria. Ausencia del Estado, violencia, derecho y justicia comunitaria. CIDES Quito 2002-2005. Pag. 115

- ✓ Para este estudio, no solo está considerado al Derecho desde el punto de vista de la sociología, más bien el análisis que hago esta enfocado desde la antropología jurídica, es decir desde la diversidad cultural de nuestros pueblos, sin desmerecer otras materias relacionadas al tema.

- ✓ La categorización de los derechos colectivos en ello inmerso la Justicia indígena, es nueva en la legislación ecuatoriana y constituye un paso importante para potenciar los derechos humanos, en ello, la vigencia, la protección y desarrollo de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, constituye la base de la identidad de los pueblos que conlleva a una justa y equitativa aplicación del derecho indígena en su conjunto tanto hombres como mujeres en un relación de complementariedad en la vida cotidiana de los pueblos indígenas en general.

- ✓ En la actualidad en las comunidades indígenas, la protección de los derechos contra el maltrato a empezado a dar un verdadero valor, y esta va brindando una oportunidad para que el respeto a la mujer y la familia sea una realidad, pero también hay la

tendencia, de no agredir, por que muy al interior de la consciencia del agresor, existe una ley que la sanciona.

- ✓ Pese a que exista una ley contra la violencia a la mujer y la familia, y la aplicación de los derechos indígenas en comunidades indígenas en caso de conflictos intra familiares, las autoridades y la sociedad en general no han contribuido directamente en la aplicación, y en la sanción de estos maltratos, y pero aun en enmendara o restituir a la vida armónica al interior de la familia al agresor.

RECOMENDACIONES.

- ✓ Que las políticas de gobiernos deben implantarse encaminadas a evitar que se siga propagando la violencia contra la mujer y la familia.
- ✓ Las relaciones entre mujeres y varones deben ser equitativas e influya positivamente en la posición de las autoridades varones en el momento de administrar justicia en los conflictos que afecten los derechos de las mujeres.
- ✓ Que las mujeres y sus familia en situaciones de riesgo de maltrato, o maltratadas deben ser de atención prioritaria por parte del estado, o por las autoridades comunitaria para que los efectos no sean otro conflicto dentro de la sociedad.
- ✓ Que la Ley 103 contra la violencia a la mujer y la familia debe ser una ley de prioritaria par la integración de la familia y no de descomposición a pretexto de la aplicabilidad de la Ley.
- ✓ El mayor conocimiento de las leyes y en especial la Ley 103, y del sistema ordinario de justicia que obtengan las

mujeres, constituyan para ellas un proceso de empoderamiento, y que surja un liderazgo alternativo a las nuevas generaciones de mujeres que permita un salto cualitativo en la sociedad.

- ✓ Las medidas de Amparo es otro tema que debe ser analizados con profundidad y buscar con la participación de las mujeres sean estos reformadas de acuerdo a las realidades propias de la mujer y la familia y no adaptada al código de procedimiento penal, que refiera para todo clase de delito.
- ✓ Difundir la Ley 103 contra la violencia a la mujer y la familia, para el mejoramiento del acceso a la justicia, incluso mediante el uso de las lenguas ancestrales, y otros mecanismos propios de las comunidades.
- ✓ El reconocimiento del derecho indígena debe encontrar un punto de encuentro con el derecho ordinario de tal manera que ambos sean complementarios y no opuestos. Es decir que debe existir la coexistencia efectiva de ambos sistemas, reconociendo las particularidades de cada uno de ellas para lograr una administración justa y equitativa.

- ✓ El reconocimiento y la coordinación de la justicia indígena o comunitaria deberá, enmarcar dentro de los parámetros de la constitución política, las declaraciones y convenios internacionales y demás leyes nacionales según el caso.
- ✓ Los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado, no sólo en el ámbito del derecho indígena, sino en el contexto general, deben ser objeto de una amplia discusión y análisis para llegar a un punto de convergencia entre las leyes vigentes y el derecho indígena.
- ✓ Para que las autoridades y dirigentes apoyen en el cumplimiento de esta ley¹⁰³, por un lado y la aplicación del Derechos Indígena por otro lado, es necesario un proceso de formación conjunta e intercambio de experiencias entre autoridades indígenas y funcionarios judiciales, policías, fiscales y autoridades del Ejecutivo como intendentes, comisarios nacionales y Tenientes Políticos en parroquias rurales.
- ✓ Constituye la necesidad urgente, el respeto y la plena vigencia de los derechos colectivos articulo **Art. 57.-**
“Se reconoce y garantizará a las comunas,

comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos”: y dentro de este mismo artículo en el numeral 10 esta el reconocimiento del derecho propio o consuetudinarias. “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.

- ✓ Es imprescindible con el reconocimiento del Derecho indígena, las comunidades incorporen un equipo de personas comuneros con amplia experiencia en manejo de conflictos de carácter familiar se encarguen de la difusión de la normas comunitaria del buen vivir, y a si mismo se encarguen de la vigilancia y control en casos de maltrato.

BIBLIOGRAFIA

- Aguirre Guzmán, Vanesa y otros Editores, Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzan, 2008. ***La transformación de la Justicia***, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y sociedad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. No. 7 Quito.
- Ariza Santamaría, Rosembert Dr. Lorena Ossio, German Gutierrez Gantier, ***Justicia Ordinaria y Justicia Comunitaria***, Konrad Adenauer Stiftung, Quito, Ecuador.
- Calle Mosquera, Carlos, 2001. ***Comentarios a la Ley contra la violencia a la Mujer y la Familia***, segunda edición actualizada,.
- Código Civil Ecuatoriano
- Código de la Niñez y Adolescencia, Ecuador 2003
- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.
- Código Penal Ecuatoriano

- Convenio No, 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT. Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, publicad Lima, OIT, 2005.
- Convenio Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convenio de Belém do Pará, Brasil, 9 de junio 1994.
- Convenio sobre los derechos Políticos de la Mujer, Firma y ratificada por la Asamblea General en su resolución 640 (VII), diciembre 1952
- Constitución Política del Estado Ecuatoriano de 1998.
- Constitución Política del Estado Ecuatoriano de 2008.
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena, junio 1993.
- Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 1995.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

- Franco Valdivia, Roció; González Luna, María Alejandra, ***Justicia Comunitaria en los Andes***: Perú y Ecuador, Las Mujeres en la Justicia Comunitaria: Víctimas, sujetos y actores, volumen 3, Instituto de Defensa Legal. IDL. Lima, 2009.
- ***Folletos de investigación sobre la Mujer***, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM).
- Guerrero V, Walter, ***La Jurisdicción y Competencia Penal***, Conceptos Generales, Radicación de la Competencia en Razón del Territorio, Criterio Civil y Criterio Penal, consultada, Biblioteca de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca
- Hans-Jürgen, Brandt y Franco Valdivia, Roció, (Compiladores), 2007. ***Justicia Comunitaria en los Andes***: Perú y Ecuador, Normas Valores y procedimientos en la Justicia Comunitaria, Estudio cualitativos en comunidades Indígenas y Campesinas de Ecuador y Perú, volumen 2. Instituto de Defensa Legal, IDL, Lima .

- Hans-Jürgen, Brandt y Franco Valdivia, Roció, (Compiladores), 2006. ***Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador, El tratamiento del Conflicto, Un estudio de actas en 113 Comunidades , volumen 1.*** Instituto de Defensa Legal, IDL, Lima.
- La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) siglas en ingles, aprobada en 1979, efectivizada en 1981.
- ***Ley No 103 Contra la Violencia a la Mujer y la Familia***
- ***Ley Orgánica de la Función Judicial***, ecuatoriana última reforma.
- López Garcés, Ramiro, Comentarios a la ***Ley Contra la Violencia a la Mujer y Familia*** desde el punto de vista Pena y Civil.
- ***Manual del Derecho Penal Ecuatoriano.***
- Melo, Mario, 2008. ***Estudio de Aplicación de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador***, Dirección Nacional de Defensa de los

Derechos de pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo, Quito.

- Mosquera Lloré, Víctor, ***Compendio de Derecho procesal Penal Ecuatoriano***
- Stavenhagen, Rodolf; Iturralde, Diego. (Compiladores) ***Entre la Ley y la Costumbre, El derecho consuetudinario indígena en América Latina***, III. IIDH. Mexico, 1994.
- Tiban Guala, Lourdes, ***Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en el Ecuador***: Aplicabilidad, Alcances y Limitaciones, Instituto para el desarrollo Social y de las Investigaciones Científicas y Fundación Hanns Seidel. Quito- Ecuador, 2001.
- Trujillo, Julio Cesar, ***“Los derechos Colectivos de los Pueblos indígenas del Ecuador***. Conceptos Generales, en: De la Exclusión a la participación. Pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador. Abya-Yala, Ecuador, 2000.

- Vintimilla Saldaña, Jaime, Milena Almeida Mariño, y Remigia Saldaña Abad, 2007. ***Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador***, Derecho indígena y justicia Comunitaria en comunidades kichwas del Ecuador, volumen 4. Instituto de Defensa Legal, IDL, Lima.
- Vintimilla Saldaña, Jaime, y Santiago Andrade Ubidia, 2002 - 2005. ***Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Comunitaria***: CIDES- Unión Europea/ Programa Regional de Justicia de Paz, Programa andino de Derechos Humanos y Democracia.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel Z, ***Medio Siglo de Derecho Internacional Indigenista y un cuarto de siglo de Constitucionalismo Pluralista en Latinoamérica***: Balances y Retos, Biblioteca FLACSO, Quito Ecuador.